# Das dingliche Rechtsgeschäft im künftigen Bodenrecht

(unter Ausschluß der Frage der Abstraktheit)

## Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

**Hohen juristischen Fakultät**

der

**Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen**

vorgelegt von

**Christof Fleischmann**
Gerichtsreferendar aus Nürnberg.

Approbiert am 4. 6. 1940.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1941

1941 №34

Dekan: Professor Dr. jur. Hans Liermann
Referent: Professor Dr. jur. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

# Inhalts-Uebersicht.


Seite

Einleitung

1. Die Arbeiten an der Neugestaltung des bürgerlichen Rechts im allgemeinen . . . . . 1
2. Rechtfertigung der Behandlung eines auf das künftige Recht bezüglichen Themas . . . . . 4
3. Kurze Kennzeichnung der Hauptfragen der Arbeit . . 5
4. Abgrenzug vom Kausalproblem . . . . . 7
5. Die Forderung nach Volksverständlichkeit des Rechts und ihre Bedeutung für die vorliegende Arbeit . . . . 9

A. Ueberblick über die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken . . . 13

Vorbemerkung . . . . . 13

I. Rechtsänderung lediglich auf Grund eines (obligatorischen) Rechtsgeschäfts . . . . . 14

II. Rechtsänderung lediglich auf Grund einer Grundbucheintragung . . . . . 14

a) Die Eintragung erfolgt bei Nachweis des gültigen Grundgeschäfts . . . . . 15

b) Die Eintragung erfolgt auf Grund besonderer, formellrechtlicher Willenserklärung(en) . . . . . 15

III. Rechtsänderung durch (obligatorisches) Rechtsgeschäft und Eintragung . . . . . 15

a) Formellrechtliche Voraussetzung der Eintragung ist Nachweis des Rechtsgeschäfts . . . . . 16

b) Formellrechtliche Voraussetzung der Eintragung ist Nachweis der materiellrechtlichen Erklärung des Betroffenen 16

c) Die Eintragung setzt eine besondere, formellrechtliche Willenserklärung des Betroffenen voraus . . . . 17

IV. Rechtsänderung nur durch dingliches Rechtsgeschäft . 17

1. Das dingliche Rechtsgeschäft ist einseitig . . . 18
2. Das dingliche Rechtsgeschäft ist zweiseitig . . . 18

V. Rechtsändeung durch obligatorisches und dingliches Rechtsgeschäft . . . . . 18

1. Dingliches Rechtsgeschäft einseitig . . . . . 18

Seite

2. Dingliches Rechtsgeschäft zweiseitig . . . . 18

VI. Rechtsänderung durch dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung . . . . . 18

1. Das dingliche Rechtsgeschäft ist einseitig . . . 19

a) Eintragungsvoraussetzung ist Nachweis des dinglichen Rechtsgeschäfts . . . . . 19

b) Eintragungsvoraussetzung ist eine besondere formellrechtliche Eintragungsbewilligung . . . . 19

2. Das dingliche Rechtsgeschäft ist zweiseitig . . . 19

a) Die Eintragung erfolgt bei Nachweis des ganzen dinglichen Rechtsgeschäfts . . . . . 19

b) Die Eintragung erfolgt bei Nachweis der materiellrechtlichen Einigungserklärung des Betroffenen . . 19

c) Die Eintragung setzt eine besondere formellrechtliche Willenserklärung des Betroffenen voraus . . . 19

VII. Rechtsänderung durch obligatorisches u. dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung . . . . . 19

1.
a)
b)
2.
a)
b)
c)
} wie bei VI.

B. Das dingliche Rechtsgeschäft als notwendiger Bestandteil der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken und seine Ausgestaltung im einzelnen . . . . . 20

Vorbemerkung . . . . . 20

I. Kann ein Rechtsgeschäft oder können mehrere Rechtsgeschäfte zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken genügen? . . . . . 21

Vorbemerkung . . . . . 21

1. Gründe für das Ausreichen eines Rechtsgeschäfts (oder mehrerer Rechtsgeschäfte) . . . . . 22

a) Berücksichtigung des Willens der Beteiligten . . 22

b) Erleichterung des Rechtsverkehrs . . . . . 23

c) Ersparung von Kosten . . . . . 23

2. Scheinbarer Gesichtspunkt für das Ausreichen eines Rechtsgeschäfts (oder mehrerer Rechtsgeschäfte): Gefährdung des wahren Berechtigten bei Verfügungen des eingetragenen Nichtberechtigten zugunsten Gutgläubiger 24

3. Gründe gegen das Ausreichen eines Rechtsgeschäfts (oder mehrerer Rechtsgeschäfte) . . . . . 24

Seite

a) Notwendigkeit einer Offenlegung d. dinglichen Rechtsänderungen und Rechtsverhältnisse an Grundstücken 24
aa) Wegen der Bedeutung des Bodens für die Volksgemeinschaft . . . . . 25
bb) Um der Sicherheit des Rechtsverkehrs willen . 26
1. Als Anknüpfungspunkt für den Schutz des guten Glaubens . . . . . 26
2. Zur Sicherung des Realkredits . . . 26
3. Als Grundlage der Rangfolge . . . . 26
cc) Aus Gründen, die sich aus dem Wesen der dinglichen Rechtsverhältnisse ergeben . . . 27
1. Absolute Wirkung . . . . . 27
2. Dauer . . . . . 27
3. Wirtschaftliche Bedeutung . . . . . 27
b) Erleichterung des Rechtsverkehrs bei Boden nicht erwünscht . . . . . 27
4. Ergebnis: Entscheidung gegen das „Vertragsprinzip" u. darüber hinaus für das Eintragungsprinzip . . . 27
II. Kann die Grundbucheintragung allein als Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken genügen? 28
Vorbemerkung . . . . . 28
1. Für die formale Rechtskraft der Eintragung spricht die dadurch gewährleistete Uebereinstimmung zwischen wirklicher Rechtslage und Grundbuch . . . . . 28
2. Gegen das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung sprechen folgende Gründe . . . . . 29
a) Uebereinstimmung zwischen wahrer Rechtslage und Grundbuch wäre oft nur eine scheinbare; Widerspruch zwischen „wirklichem" und „formalem" Recht . . 29
b) Die Verkehrssicherheit erfordert eine solche ausnahmslose Uebereinstimmung nicht . . . . . 29
c) Notwendigkeit der Nachprüfung des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts als Eintragungsvoraussetzung . 30
d) Unmittelbare Berücksichtigung des Willens der Beteiligten . . . . . 31
3. Ergebnis: Ablehnung des Prinzips der formalen Rechtskraft der Eintragung . . . . . 32
III. Ist, abgesehen von Grundbucheintragung u. Verpflichtungsgeschäft, ein besonderes dingliches Verfügungsgeschäft erforderlich? . . . . . 32
Vorbemerkung . . . . . 32
1. Gründe gegen ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft 34
a) Keine Grundlag in den Rechtsanschauungen des Volkes und in einem natürlichen Lebenstatbestand . . 34

Seite

b) Unnötige rechtliche Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Liegenschaftsumsatzes . . . . 34
c) Möglichste Verhinderung des Auseinanderfallens von schuldrechtlichem Anspruch u. sachenrechtlicher Macht 35
2. Scheinbare Gründe für ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft . . . . . 36
a) Systematische Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht . . . . . 37
b) Abstraktheit der dinglichen Verfügung . . . 38
c) Bestimmung des Inhalts d. dinglichen Rechtsänderung 38
d) Auflassungsform . . . . . 39
e) § 892 Abs. 2, 2. Fall ist eine Folge des Einigungsprinzips, nicht aber ein Grund für seine Beibehaltung 39
f) § 926 setzt nicht notwendig eine dingliche Einigung voraus . . . . . 40
3. Gründe für ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft . 40
a) Die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit und Volkstümlichkeit der gesetzlichen Regelungen kann nicht unbegrenzt durchgeführt werden . . . 40
b) Schon nach natürlicher Lebensanschauung ist die Erfüllung einer Verpflichtung etwas anderes und mehr als die Eingehung dieser Verpflichtung . . . 41
c) Möglichkeit einer zeitlich getrennten Vornahme von Verpflichtung und Verfügung; Gründe für die Zweckmäßigkeit einer solchen zeitlichen Trennung . . 43
d) Verschiedene rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verpflichtung und Verfügung . . . . 44
e) Möglichkeit einer (allerdings beschränkten) inhaltlichen Abweichung der Verfügung vom Verpflichtungsgeschäft 45
f) Möglichkeit der Beschränkung einer Bedingung oder Befristung auf entweder das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft . . . . . 46
g) Möglichkeit einer gesonderten Stellvertretung bei der dinglichen Verfügung . . . . . 48
h) Schutz gegen unfreiwilligen Rechtsverlust . . . 48
i) Die Beibehaltung einer dem § 313 S. 2 BGB entsprechenden Vorschrift setzt ein dingliches Rechtsgeschäft voraus . . . . . 51
k) Die mit Recht bekämpfte Widerruflichkeit der Einigung ist zu beseitigen . . . . . 51
l) Die gegen das dingliche Rechtsgeschäft geltend gemachte rechtliche Kompliziertheit des gesamten Rechtsänderungsvorgangs ist zum großen Teil nur eine scheinbare . . . . . 52
4. Ergebnis: Die Beibehaltung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts ist geboten . . . . . 54

Seite

IV. Soll das dingliche Rechtsgeschäft einseitig oder zweiseitig sein? . . . . . 54
Vorbemerkung . . . . . 54
1. Gründe für die Einseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts: Einfachheit der gesetzlichen Regelung; Erleichterung des Rechtsverkehrs; in der Regel Einverständnis des Begünstigten anzunehmen . . . . . 54
2. Gründe für die Zweiseitigkeit d. dinglichen Rechtsgeschäfts 55
a) Pflichtgebundenheit der Rechte . . . . . 55
b) Kein genügender Schutz des Erwerbers durch das obligatorische Geschäft allein . . . . . 56
aa) Möglichkeit des nachträglichen Eintritts veränderter Umstände . . . . . 56
bb) Zuwendungen ohne vorausgegangene Abrede . 56
cc) Die obligatorische Grundlage der Rechtsänderung muß nicht immer ein Rechtsgeschäft sein . . 58
c) Möglichkeit der gegenseitigen Vereinbarung einer Bedingung oder Befristung . . . . . 58
d) Möglichkeit der Stellvertretung des Erwerbers bei der dinglichen Verfügung . . . . . 59
e) Möglichkeit der Mitwirkung des Erwerbers bei der Festlegung des Verfügungszeitpunktes . . . 59
3. Scheinbarer Grund für Zweiseitigkeit: Fälle der Einseitigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts . . . 60
4. Ablehnung von Ersatzmöglichkeiten für die Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts . . . . . 62
a) Ersatz der Einigungserklärungen des Begünstigten durch ein Ausschlagungsrecht . . . . . 62
b) Ersatz des dinglichen Vertrags durch zwei voneinander unabhängige Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt . . . . . 65
c) Hinweis auf die Mögiichkeit der Verlegung des Erwerberschutzes in das formelle Recht . . . . 68
5. Ergebnis: Das dingliche Rechtsgeschäft muß zweiseitig sein 68
V. Ist eine Verbindung oder Trennung der materiellrechtlichen und der formellrechtlichen Willenserklärungen vorzuziehen? 69
Vorbemerkung . . . . . 69
1. Die für eine Vereinigung der beiden Erklärungen sprechenden Gründe . . . . . 73
a) Streben nach möglichster Einfachheit der rechtlichen Regelung . . . . . 73
b) Ansätze zu einer solchen Verbindung im geltenden Recht in den Fällen des § 20 GBO sowie in der Rechtsprechung des RG . . . . . 75

Seite

2. Die scheinbar gegen eine solche Verbindung sprechenden Gesichtspunkte und ihre Widerlegung . . . . 77
a) Verschiedenheit der Adressaten . . . . . 77
b) Aufrechterhaltung der Vorteile des formellen Konsensprinzips; Ausgestaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts als einseitig formbedürftig . . . . . 78
c) Erhöhte Gefahr der Unrichtigkeit des Grundbuchs bei Verlegung d. Formvorschrift in die sachlich-rechtliche Erklärung . . . . . 82
d) Die Zwecke einer zeitlichen Trennung von Einigung und Eintragung können auch durch die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft erfüllt werden 84
e) Die Möglichkeit einer der Eintragung nachfolgenden Einigung bleibt unberührt . . . . . 85
f) Die Möglichkeit einer bedingten Einigung und die Bedingungsfeindlichkeit ihres grundbuchrechtlichen Nachweises sind nicht unvereinbar . . . . . 86
3. Ergebnis: Vereinigung von sachlichrechtlicher Einigungs- und verfahrensrechtlicher Bewilligungserklärung des Betroffenen. Verlegung der Formvorschrift in allen Fällen in das materielle Recht . . . . . 88
4. Weitere Folgerungen aus diesem Ergebnis . . . 89
a) Die übrigen formellen Eintragungsvoraussetzungen bleiben unberührt . . . . . 89
b) Keine Vereinigung von Eintragungsantrag und Einigungserklärung des Begünstigten . . . . 89
c) Von wem muß die einheitliche Erklärung ausgehen, wenn wahrer Berechtigter und Buchberechtigter verschiedene Personen sind? . . . . . 92
d) Fortfall der wirksamen, aber nicht bindenden Einigung 93

VI. Soll in der dinglichen Rechtswirkung zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden? . . . . 93
Vorbemerkung . . . . . 93
1. Gründe für eine Trennung von Innen- und Außenverhältnis in der dinglichen Rechtswirkung . . . . 94
a) Rücksicht auf den Parteiwillen . . . . . 94
b) Keine Beeinträchtigung der für das Eintragungsprinzip überhaupt sprechenden Erwägungen . . . . 95
c) Unbillige Folgen im Konkurs des Veräußerers nach Auflassung und Bezahlung des Kaufpreises, aber vor Eintragung . . . . . 95
2. Gegengründe . . . . . 95
a) Gefahr der Rechtsunklarheit . . . . . 95
b) Keine ausschlaggebende Bedeutung des Parteiwillens 96

Seite

c) Konkursrechtliche Unbilligkeiten nicht außergewöhnlich und vermeidbar . . . . . 96
3. Ergebnis: Keine Trennung der dinglichen Rechtswirkung für Innen- und Außenverhältnis . . . . . 96
VII. Sondervorschriften für einzelne dingliche Rechtsänderungen 97
Vorbemerkung . . . . . 97
1. Eigentumsübertragung . . . . . 97
A. Allgemeines . . . . . 97
B. Die Formfrage insbesondere . . . . . 98
I. Grundsätzliches . . . . . 98
II. Beibehaltung der bisherigen Auflassungsform oder Ersetzung durch öffentliche Beglaubigung der beiden Einigungserklärungen? . . . . . 99
1. Gründe für Entbehrlichkeit d. jetzigen Auflassungsform 99
a) Anderweitige Wahrung ihrer Formzwecke . . 99
b) Die Heilungsfunktion der Auflassung nach § 313 S. 2, die deren bisherige Form allerdings voraussetzt, ist unter Umständen entbehrlich . . . 100
2. Gründe für Beibehaltung der bisherigen Auflassungsform . . . . . 105
a) Verstärkung des Formzwecks durch doppelte Sicherung schadet nichts . . . . . 105
b) Die Entbehrlichkeit der Heilungswirkung der Auflassung ist kein entscheidender Gesichtspunkt . 106
c) Verhältnis zur Form des Verpflichtungsgeschäfts . 106
d) Grundsätzliche Bedeutung strenger Formvorschriften, insbesondere im Bodenrecht , . . . 106
e) Geschichtliche Grundlage und Einbürgerung . 107
f) Keine wesentliche Mehrbelastung der Beteiligten gegenüber der Form der öffentlichen Beglaubigung 107
3. Ergebnis: Beibehaltung der Auflassungsform . . 108
III. Besonderheiten der Auflassungsform . . . . 108
1. Das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile 109
2. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit . . . 110
3. Die Beurkundung der Auflassungserklärungen . 111
2. Erbbaurecht . . . . . 111
3. Rechtsaufhebung (im allgemeinen) . . . . 113
4. Eigentumsaufgabe insbesondere . . . . . 116
C. Zusammenfassung des Ergebnisses . . . . . 118
D. Zusammenhang mit der Frage der Abstraktheit . . . 120
Vorbemerkung . . . . . 120
I. Zusammenhang mit der Frage B III . . . . . 121
1. Einfluß der Entscheidung für oder gegen ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft auf die Frage der Abstraktheit 121

Seite

a) Bei Ablehnung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts . . . . . 121
b) Bei Entscheidung für ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft . . . . . 121
2. Einfluß der abstrakten oder kausalen Gestaltung der dinglichen Verfügung auf die Entscheidung für oder gegen ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft . . 122
a) Bei abstrakter Gestaltung . . . . . 122
b) Bei kausaler Gestaltung . . . . . 122
II. Zusammenhang mit der Frage B IV . . . . . 123
1. Einfluß der Entscheidung für oder gegen Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts auf die Frage der Abstraktheit . . . . . 123
a) Bei Entscheidung für zweiseitiges dingliches Rechtsgeschäft . . . . . 123
b) Bei Entscheidung für einseitiges dingliches Rechtsgeschäft . . . . . 123
2. Einfluß der abstrakten oder kausalen Gestaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts auf die Entscheidung für oder gegen Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts . 123
a) Bei abstrakter Gestaltung . . . . . 123
b) Bei kausaler Gestaltung . . . . . 123
III. Zusammenhang mit der Frage B V . . . . . 123

# Schrifttum.


Barth: Die Berufung des Rechtswahrers zur rechtspolitischen Arbeit in: Deutsches Recht mit Juristischer Wochenschrift 1939, S. 1026ff.

Bernhöft: Einigung, Antrag und Eintragungsbewilligung im Liegenschaftsrecht, Berlin 1931.

Boehmer: Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts in: Deutsche Rechtswissenschaft, 4. Bd., 1939, S. 77ff.

Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Dölle: Die Neugestaltung des deutschen Bürgerlichen Rechts (Bemerkungen zur Heidelberger Rede des Staatssekretärs Prof. Dr. Schlegelberger) in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 4. Jg., 1937, S. 359ff.

Dulckeit: Das bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung in: Deutsche Rechtswissenschaft, 4. Bd., 1939 S. 352ff.

Eichler: Die Ordnung des Privatrechts in: Zeitschr. d. Ak. f. D. R., 4. Jg., 1937, S. 562ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl., 2. Bd., 1. Abt.: Sachenrecht, Berlin 1905.

Felgenträger: Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre. Göttinger Diss. 1927.

Freisler: Einige Gedanken zur Erneuerung des Deutschen Gemeinrechts in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1937 S. 85ff.

Friedrich: Artikel „Uebereignung" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (herausgegeben vou Schlegelberger) 6. Bd., Berlin 1938 S. 606ff.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht, Leipzig 1905.

— Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 1. Bd', 6. Aufl. Berlin 1936.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

— Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen 1937.

Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart. 2. Hälfte, Die Entwicklung des formellen Bodenrechts, Berlin 1935.

— Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts in der Sammelschrift: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, München und Berlin 1938, S. 7 ff.

Henke-Mönch: Grundbuchordnung, 2. Aufl., München und Berlin 1939.

Hesse: Grundbuch und materielles Recht in: Beiträge zum Recht des neuen Deutschland, Festschrift für Schlegelberger, Berlin 1936, S. 299 ff.

Hesse-Saage-Fischer: Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1939.

Huber, E. R.: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935, S. 143 ff.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.

Jung: Ueber die Technik des Gesetzemachens. In Jherings Jahrbücher 84 (2. Folge) 48. Band, Jena 1934, S. 1 ff.

Krause: Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts. In: Archiv für die civilistische Praxis, 145. (neue Folge) 25. Band, 1939, S. 312 ff.

Lange: Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft? In: Deutsches Recht, 5. Jg. 1935, S. 485 ff.

— Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1937.

— Boden, Ware und Geld. 1. Teil: Grundfragen; 2. Teil: Boden. Tübingen 1937.

— Die Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht an der Erneuernng des bürgerlichen Rechts in: Zschr. d. Ak. f. D. R. 6. Jg., 1939, S. 469 ff.

— Besprechung von: Triebel, Materielles Grundbuchrecht, in: Arch. f. d. civ. Pr. 145. (n. F.) 25. Bd. 1939, S. 367 ff.

— Fragen des Eheschließungsrechts. In: Arch. f. d. civ. Pr. 145. (n. F.) 25. Bd., 1939, S. 129 ff.

— Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des volksgenössischen Rechtslebens? In: Deutsche Rechtswiss. 4. Bd. 1939, S. 222 ff.

— Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht. In: Arch. f. civ. Pr. 146. (n. F.) 26. Bd., 1939, S. 28 ff.

Lehmann: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts. (Besprechung der gleichnamigen Akademieschrift) in Zeitschr. d. Ak. f. D. R., 6. Jg., 1939, S. 45 ff.

Locher: Die Grundbuchverfassung im künftigen Recht. Im Jahrbuch d. Ak. f. D. R. 4. Jg., München, Berlin, Leipzig 1937 S. 42 ff.

Manigk: Neubau des Privatrechts, Leipzig 1938.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III. Bd., Sachenrecht, Berlin 1899.

Nipperdey: Das System des bürgerlichen Rechts. In der Sammelschrift: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts. München und Berlin 1938, S. 95 ff.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. Becksche Kurzkommentare, Bd. 7, München und Berlin 1939.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914, 3. Bd., Sachenrecht, 1. Hälfte, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933, 2. Hälfte, 3. Aufl., Berlin 1938.

Predari: Artikel „Auflassung" und Artikel „Einigung" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, 2. Bd., Berlin 1929, S. 269 ff. und S. 807 ff.

Schlegelberger: Abschied vom BGB (Vortrag, gehalten an der Universität Heidelberg am 25. 1. 1937) Berlin 1937.

Seydel: Auf dem Wege zum deutschen Gemeinrecht in: Deutsches Recht, 6. Jg., 1936 S. 115 ff.

— Wiedersehen mit dem BGB. In: Deutsche Rechtswissenschaft, 3. Bd., 1938, S. 276 ff.

Siber: Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 1909.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1936; 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, München-Berlin-Leipzig, 9. Aufl., 1930; 3. Bd. Sachenrecht, 1. Teil, München-Berlin-Leipzig, 10. Aufl., 1935.

Spreckelsen, v.: Genehmigungen im Verkehr mit inländischen Grundstücken und Grundstücksrechten in: Deutsche Justiz 1939 S. 1061 ff.

Strohal: Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Jherings Jahrb. 27. (neue Fl.) 115, Bd., Jena 1889, S. 335 ff.

Triebel: Materielles Grundbuchrecht, Tübingen 1938.

Wieacker: Bodenrecht. Hamburg 1938.

— Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. In: Deutsche Rechtswissenschaft, 2. Bd. 1937, S. 3 ff.

Wolff: Das Sachenrecht (3. Bd. des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff) 9. Bearb. Marburg 1932.

# Einleitung.

## 1.

Bei der Gesamterneuerung unseres Rechts, die sich seit dem Jahre 1933 vollzieht, wurde die Neugestaltung der Rechtsgebiete, die wir bisher als „bürgerliches Recht" zu bezeichnen gewohnt waren [1]), vom Gesetzgeber anfangs nur zögernd in Angriff genommen. Auf vielen anderen Rechtsgebieten war auch eine umfassende Neuerung vordringlicher und wohl auch leichter und schneller durchführbar als auf denen des „bürgerlichen Rechts". So haben ein Großteil des „öffentlichen" Rechts, insbesondere das Staats- und Verwaltungsrecht, sowie der Grenzgebiete zwischen „öffentlichem" und „privatem" Recht, insbesondere das Bauern- und Arbeitsrecht bereits eine grundlegende Neugestaltung erfahren, oder es sind wenigstens die Vorarbeiten für eine Neuregelung bis zum nahen Abschluß gediehen, wie z. B. im Strafrecht.

1) Als neue Bezeichnungen dafür wurden vorgeschlagen: „volksgenössisches Recht": so Huber: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, S. 154, dem sich anschließen: Wieacker, Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts in DRW 37 S. 3 und S. 10 und Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des volksgenössischen Rechtslebens, S. 227; dieser allerdings mit Vorbehalt und unter Hinweis auf „Daseinswert und guten Klang" auch des Namens „bürgerliches Recht" („Reichsbürger"!). „Deutsches Volksbürgerrecht": so Hedemann, Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts, S. 8. „Deutsches Gemeinrecht": so Freisler, Einige Gedanken zur Erneuerung des deutschen Gemeinrechts, in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift „Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht" (1937) S. 85ff. Vgl. auch die neue JAO vom 4. 1. 39 (sie aber auch Anm. 1 S. 3).

Erst verhältnismäßig spät ging man auch an eine Neuordnung des „bürgerlichen Rechts“ heran. Der Grund dafür ist nicht etwa die geringere Notwendigkeit einer Neugestaltung dieses für alle Volksgenossen hochbedeutsamen und sie täglich, wenn auch vielleicht unbewußt, in großen und kleinen Dingen erfassenden Rechtsgebiets, als die weit größeren Hindernisse, die sich einer umfassenden Rechtsreform auf diesem Gebiet entgegenstellen. Denn was es hier zu ersetzen galt und gilt, kann trotz erheblicher Mängel und mancher, sei es aus grundsätzlichen Erwägungen, sei es aus einem praktischen Bedürfnis heraus, auf die Dauer untragbarer Einzelbestimmungen nicht in vollem Umfang und nicht in jeder Beziehung von vornherein als schlecht und unbrauchbar verworfen werden. Ist doch im BGB „die Arbeit von Jahrzehnten und die Erfahrung von Jahrhunderten“ [1]) enthalten und die Beseitigung von Altem ist nur dann gerechtfertigt, wenn man Besseres an seine Stelle zu setzen weiß, zumal wenn sich das Alte, wie das BGB, im großen und ganzen in der Praxis immerhin bewährt hat. Dazu kommt, daß die Gesetzgebungsorgane zu sehr mit anderen Arbeiten überlastet sind und waren, als daß sie sich gleich mit voller Kraft dem Neubau aller Rechtsgebiete gleichmäßig hätten widmen können; und zwar nicht nur gegenwärtig deshalb, weil die durch den Krieg auch auf dem Gebiet des Rechtes entstandenen Probleme alles andere notwendiger- und natürlicherweise zurückdrängen, sondern es war dies auch vorher im Frieden der Fall.

Soweit bisher einzelne Teile des gesamten „bürgerlichen Rechts“ überhaupt gesetzlich neu geordnet wurden, geschah dies erst in den letzten Jahren. Es handelt sich dabei um solche Teilgebiete, auf denen eine grundlegende Reform besonders dringend geboten erschien, wie im Personen-, Familien- und Erbrecht. (Vgl. das Ehegesetz vom 6. 7. 38, das Testamentsgesetz vom 31. 7. 38 und das Verschollenheitsgesetz vom 4. 7. 39).

1) Lange, Fragen des Eheschließungsrechts, in Arch. civ. Pr. 145, S. 131.

Das weite Gebiet des Vermögensrechts oder das deutsche Gemeinrecht i. e. S.[1]) hat dagegen bisher noch keine gesetzliche Neuregelung erfahren (abgesehen von einzelnen Sondermaßnahmen, etwa im Mietrecht, im Nachbarrecht oder hinsichtlich der Uebertragbarkeit von Nießbrauchsrechten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten juristischer Personen).

Dagegen hat sich die deutsche Rechtswissenschaft schon gleich nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus auch mit der Neugestaltung dieses Rechtsgebiets, wie überhaupt des „bürgerlichen Rechts", in vollem Umfang beschäftigt[2]). Allerdings gehen dabei die Ansichten über verschiedene, zum Teil sogar grundlegende Fragen der Rechtserneuerung häufig ziemlich weit auseinander. Und zwar nicht nur über Fragen des Inhalts der Neuregelungen, sondern auch über die Art und Weise der dabei einzuschlagenden Gesetzgebungstechnik und über die richtigste und zweckmäßigste Stoffgliederung (Systematik) ist man sich noch nicht einig. So ist insbesondere noch nicht entschieden, ob die bisher im Bürgerlichen Gesetzbuch vereinigten Teilrechtsgebiete, oder wenigstens die meisten von ihnen — nämlich allenfalls unter Ausschluß des Familien- und Erbrechts — wieder in einem großen deutschen Volksgesetzbuch zusammenzufassen sind oder ob dieser gesamte Rechtsstoff in einzelne selbständige Teilgesetze aufgespalten werden soll[3]).

1) So die neue IAO vom 4. 1. 39, § 6 Abs. 1 Z. 3 und § 18 Abs. 2b. In Punkt 19 des Parteiprogramms ist der Ausdruck „Deutsches Gemeinrecht" dagegen wohl in einem weiteren Sinn zu verstehen.

2) Vgl. hierzu die Zusammenstellung des einschlägigen Schrifttums bei Böhmer, Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, in DRW 1939, S. 77f. (Anm. 1).

3) Für einzelne Teilgesetze: vor allem Schlegelberger, Abschied vom BGB; ferner: Dölle, Die Neugestaltung des deutschen bürgerlichen Rechts, in ZAfDR 1937 S. 359ff. und Seydel, Wiedersehen mit dem BGB in DRW 1938, S. 276ff. und Eichler, Die Ordnung des Privatrechts, in ZAfDR 1937, S. 562ff. Dagegen für Beibehaltung einer gemeinsamen Rechtsaufzeichnung (Kodifikation) des bisher im

Die rechtspolitische Arbeit der deutschen Rechtswissenschaft kann für die Rechtserneuerungsarbeit der Gesetzgebungsorgane vor allem durch die Akademie für Deutsches Recht nutzbar gemacht werden, die sich in zahlreichen Ausschüssen in steigendem Maße insbesondere auch die Neugestaltung des deutschen Gemeinrechts in allen seinen Teilen angelegen sein läßt[1]), und deren rechtsforschende und rechtsgestaltende Tätigkeit bei den Vorbereitungen und Planungen der Gesetzesentwürfe weitgehende Berücksichtigung findet[2]).

2.

Aber auch über den Rahmen der Akademie für Deutsches Recht hinaus ist die gesamte deutsche Rechtswissenschaft nicht nur berechtigt, sondern sogar berufen, zu ihrem Teil gleichfalls an dem Neubau des deutschen Gemeinrechts mitzuarbeiten[3]); ja sogar jeder Rechtswahrer überhaupt ist aufgerufen, sich nach Möglichkeit auch in

---

BGB geregelten Rechts: Lange, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, S. 19 und besonders: Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des volksgenössischen Rechtslebens, S. 229 ff.; Manigk, Neubau des Privatrechts, S. 4 ff.; Böhmer, Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts in DRW 1939, S. 90 und 92; Wieacker, Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, in DRW 1937, S. 3 ff. (insbesondere S. 10/11); Hedemann, Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts, S. 7 ff., (insbes. S. 12 und 16); vor allem hat sich auch Reichsminister Frank für ein „Deutsches Volksgesetzbuch" ausgesprochen (bei der Einweihung des Hauses des Deutschen Rechts am 13. Mai 1939 (nach Lange, Einzelgesetze und Gesetzeseinheit . . . S. 227 und 231). Für Beibehaltung einer Kodifikation, aber unter Ausschluß des Familien- und Erbrechts: Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts, S. 95 ff. und Lehmann, Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, S 45 ff. (insbes. S. 46/47).

1) Vgl, Lange, Die Arbeiten der Akademie für deutsches Recht an der Erneuerung des bürgerl. Rechts, in ZAfDR 1939, S. 469 ff.

2) Vgl. Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit ... S. 238/39.

3) Vgl. Lange, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, insbes. S. 25 ff.

den Dienst der Rechtserneuerung zu stellen[1]). Denn die Planung und Neuschaffung eines großen Gesetzeswerkes, zumal wenn es sich um ein für das volksgenössische Rechtsleben so bedeutsames Rechtsgebiet handelt, soll und darf sich nicht ausschließlich in den Ministerialbüros vollziehen, auch nicht allein in den Akademieausschüssen, sondern die ganze deutsche Rechtswissenschaft, und nicht nur diese, sondern das ganze deutsche Volk soll an diesem, das rechtliche Zusammenleben in der Volksgemeinschaft und den alltäglichen Rechtsverkehr eines jeden einzelnen Volksgenossen tief beeinflussenden Werk soweit als möglich Anteil nehmen[2]). Dies kann sowohl durch eigene selbständige Vorschläge als auch durch aufbauende Kritik der Meinungen anderer geschehen. So soll und wird es heute nicht mehr nötig sein, daß das deutsche Volk dem Aufbau eines deutschen Gemeinrechts teilnahmslos gegenübersteht, was O. v. Gierke für die Zeit der Entstehung des BGB mit Recht bitter beklagte[3]); zumal auch die Erneuerung großer Teile des bürgerlichen Rechts mit zum Vollzug des Punktes 19 des Parteiprogramms gehört. Wenn aber das ganze Volk an diesem Werk Anteil nehmen soll, muß sich die Rechtswissenschaft erst recht eingehend mit den ihr gegebenen Mitteln an dieser rechtspolitischen Aufgabe beteiligen.

Mit Rücksicht darauf erscheint auch die Behandlung einer die Neugestaltung des bürgerlichen Rechts, bzw. eines kleinen Teilausschnittes hieraus, betreffenden Fragestellung in einer Dissertation gerechtfertigt.

3.

Die hier zu behandelnde Frage gehört einem sich in seinen Umrissen bereits ziemlich fest abzeichnenden Teilgebiet des bisher zum „bürgerlichen Recht“ gehörenden

1) Vgl. Barth, Die Berufung des Rechtswahrers zur rechtspolitischen Arbeit, in DR mit JW 1939 S. 1026ff.

2) Vgl. auch Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit ... S. 231.

3) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs u. das Deutsche Recht, S. 588, 591.

Stoffkreis an: dem Bodenrecht. Dieses umfaßt die Regelung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken, sowie der Veränderung dieser Rechtsverhältnisse, also das Sachenrecht und auch das Schuldrecht des BGB, insoweit es sich auf Grundstücke bezieht. Denn im künftigen Recht sollen die Rechtsgebiete nicht mehr nach formalen Gesichtspunkten (Schuldrecht — Sachenrecht), sondern nach dem Inhalt und der verschiedenen Bedeutung der rechtlich geordneten Lebensbereiche (Bodenrecht — Fahrnisrecht) unterschieden werden.

Die Art und Weise, wie sich die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung im künftigen Bodenrecht vollziehen soll, und insbesondere die Frage, ob hierbei ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft, vor allem also die „Einigung" des geltenden Sachenrechts, beizubehalten ist, bildet den Gegenstand dieser Arbeit. Die Erörterungen sollen also einmal auf das Bodenrecht, zum anderen auf rechtsgeschäftliche Rechtsänderungen beschränkt bleiben. Ausgenommen sind also jede Rechtsänderung an Fahrnis und die kraft Gesetzes unmittelbar eintretenden Rechtsänderungen an Grundstücken.

Es handelt sich also im Wesentlichen um die Gestaltung der Vorschriften über Begründung, Uebertragung, Belastung oder Inhaltsänderung eines Rechts an einem Grundstück, entsprechend den §§ 873, 877 BGB, daneben aber auch über die Aufhebung eines solchen Rechts (BGB § 875). Dazu kommen die Sonderfragen, die sich für einzelne dingliche Rechte, wie insbesondere das Eigentum und das Erbbaurecht, ergeben.

Auf die Streitfrage über die rechtliche Natur der Einigung (vom Standpunkt des geltenden Rechts)[1]) soll jedoch nicht eingegangen werden, da das eigentliche Thema dieser Arbeit hiervon unabhängig ist.

Dabei soll aber die Betrachtung nicht auf die mate-

1) Vgl. die Zusammenstellung des Schrifttums hierüber bei Bernhöft, Einigung, Antrag und Eintragungsbewilligung im Liegenschaftsrecht, S. 6 und dieser selbst, a.a.O., S. 6ff.

riellen Rechtsänderungsvorschriften, d. h. die Regeln, unter welchen Voraussetzungen die dingliche Rechtsänderung eintritt, beschränkt bleiben, sondern die auch im natürlichen inneren Zusammenhang damit stehenden formellen Verfahrensvorschriften umfassen, d. h. die Regeln, unter welchen Voraussetzungen die Eintragung der dinglichen Rechtsänderung in das Grundbuch (nachdem festgestellt ist, daß ein solches beizubehalten ist) erfolgen darf, also nicht nur die einschlägigen Teile des „materiellen Grundbuchrechts" des BGB, sondern auch des „formellen Grundbuchrechts" der GBO. Ob letzteres bei einer gesetzlichen Neuregelung auch in ein allgemeines deutsches Volksgesetzbuch aufgenommen werden wird oder wenigstens — bei Ablehnung eines solchen — zusammen mit dem materiellen Grundbuchrecht in einem Gesetz vereinigt werden soll, kann dabei dahingestellt bleiben. Der enge innere Zusammenhang beider Rechtsgebiete[1]) erfordert jedenfalls eine zusammenfassende Betrachtung.

4.

Ein Nachbarproblem der hier zu behandelnden Fragen, soweit sie das materielle Recht betreffen, ist das viel erörterte und heftig umstrittene Problem der Rechtsgrundabhängigkeit der dinglichen Rechtsänderung[2]). Trotz der Verwandtschaft und des Zusammenhangs dieses Problems mit dem hier in Frage stehenden sind beide streng auseinanderzuhalten. Hier wird untersucht, welche Rechtsvorgänge für die Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung notwendig sind, jenes Problem enthält die Frage, ob diese dingliche Rechtsänderung — gleichviel durch

1) Vgl. auch Locher, Die Grundbuchverfassung im künftigen Recht, S. 58 und Freisler, Einige Gedanken zur Erneuerung des deutschen Gemeinrechts, in DGWR 1937, S. 94.

2) Vgl. dazu aus dem neueren Schrifttum insbesondere: Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft; Lange, Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft, in DR 1935, S. 485 und Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, in Arch. civ. Pr. 146 S. 28ff.

welche Rechtsvorgänge sie selbst unmittelbar herbeigeführt wird — von dem ihr wirtschaftlich zugrundeliegenden schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft (oder rechtsgeschäftsähnlichen oder gesetzlichen schuldrechtlichen Verpflichtungsgrund, der „causa") auch in ihrer rechtlichen Wirksamkeit abhängig ist oder nicht.

Die Einigung ist zwar im geltenden Recht abstrakt, d. h. von der causa rechtlich losgelöst. Wenn aber vielfach behauptet wurde und wird, eine solche dingliche Einigung sei naturnotwendig abstrakt [1]), so ist dies nicht richtig. Die Entscheidung für oder gegen eine solche Einigung ist vielmehr von der Frage der Abstraktheit der dinglichen Rechtsänderung unabhängig. Insbesondere (näheres siehe letzter Abschnitt) bedeutet die Beibehaltung der Einigung (oder eines entsprechenden sonstigen dinglichen Rechtsgeschäfts), nicht notwendig die Beibehaltung der Abstraktheit. Denn es ist damit noch nicht gesagt, ob diese Einigung für sich allein (bzw. in Verbindung mit einer Grundbucheintragung), unabhängig von der Wirksamkeit des ihr wirtschaftlich oder tatsächlich zugrundeliegenden Kausalgeschäftes die Rechtsänderung herbeiführen soll (wie es im geltenden Recht der Fall ist), oder ob es nur dann rechtliche Wirksamkeit haben soll, wenn auch jenes Kausalgeschäft gültig zustandegekommen ist. Aus demselben Grunde bedeutet eine Entscheidung gegen die bisherige Abstraktheit der dinglichen Rechtsänderung nicht schon ohne weiteres eine Entscheidung gegen die Anerkennung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts als weiterer Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung neben Kausalgeschäft und Eintragung. Die Frage der rechtlichen Ausgestaltung der eigentlichen dinglichen Verfügung kann also unabhängig von der Frage ihrer weiteren rechtlichen Voraussetzungen betrachtet werden. Damit wird aber nicht jeder innere Zusammenhang der Gründe und Gegengründe beider Fragenkreise von vornherein geleugnet. Ob und inwieweit ein solcher besteht, kann

1) So vor allem Mot. III S. 6, 7, 8; Prot. III, 3408.

erst nach Abschluß der Untersuchung des einen dieser Fragenkreise entschieden werden, weshalb dies erst im letzten Abschnitt (D) dieser Arbeit kurz geschehen soll.

5.

Daß die gegenwärtigen Vorschriften des materiellen und formellen Grundbuchrechts nicht einfach und insbesondere nicht für jeden leicht verständlich sind, kann nicht bestritten werden. Es soll daher geprüft werden, ob und inwieweit die Bestrebungen nach Vereinfachung dieser Regelung berechtigt sind und welche Verbesserungen in dieser Richtung im einzelnen vorgeschlagen werden können.

In diesem Zusammenhang soll schon hier allgemein auf die Frage eingegangen werden, wie die Forderung nach möglichster Einfachheit, Allgemeinverständlichkeit und Volkstümlichkeit des Gesetzes richtig zu verstehen ist und ob und inwieweit sie Berücksichtigung finden kann und soll.

Dabei steht von vornherein eindeutig fest, daß das deutsche Recht als Ausdruck des völkischen Lebens überhaupt und entsprechend seinem Zweck, dem Volke zu dienen, immer insofern volkstümlich und volksverbunden sein muß, als seine weltanschaulichen Grundlagen und obersten Grundsätze sich stets nach der Weltanschauung des Nationalsozialismus als der des deutschen Volkes auszurichten haben und im gesunden Volksbewußtsein ihre Wurzel haben müssen und daß diese weltanschauliche und volksverbundene Ausrichtung des gesamten Rechts auch in den Gesetzen ihren Niederschlag und Ausdruck finden muß.

Weiter aber geht die Forderung, daß auch jede einzelne gesetzliche Regelung volkstümlich im Sinne einer Billigung durch die allgemeine Anschauung des Volkes und volksverständlich im Sinne der gedanklichen Erfaßbarkeit und Durchdringbarkeit für jeden Volksgenossen sein müsse[1]). Diese Forderung ließe sich allenfalls auf

1) So offenbar Seydel, Wiedersehen mit dem BGB., in DRW 1938, S. 278: „Denn es kommt nicht allein darauf an, ob der Text

einigen Rechtsgebieten verwirklichen, etwa im Bauernrecht und vielleicht auch im Arbeitsrecht, zum Teil auch im Strafrecht und insbesondere im Staatsrecht. Auf weiten Gebieten des „Privat"rechts aber, insbesondere im Bereich des bisherigen „bürgerlichen" Rechts, würde der Versuch, diese Forderung voll in die Wirklichkeit umzusetzen, auf ganz erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Und sollte es doch möglich sein, unter Ueberwindung dieser Schwierigkeiten ein solches im weiteren Sinn volkstümliches und volksverständliches Recht zu schaffen, dann wäre es sehr zweifelhaft, ob eine solche gesetzliche Regelung den wahren Interessen und den recht verstandenen Aufgaben einer völkischen Rechtspflege gerecht würde. Denn, wenn es das höchste und letzte Ziel des Rechtes ist, dem Volke zu dienen und ihm zu nützen, so kann es diese Aufgabe eben oft nur dann ganz erfüllen, wenn es sich bestimmter „künstlicher" juristischer Konstruktionen und einer sich in angemessenen Grenzen haltenden Rechtstechnik bedient[1]). Auch müßte man dann notwendig auf so viele Ergebnisse und Erkenntnisse der deutschen Rechtswissenschaft, die sich oft in langen Jahrzehnten oder gar Jahrhunderten praktischer Durchführung bewährt haben, und auf fast alle Mittel und Feinheiten juristischer Technik verzichten, daß die auf Grund eines solchen Rechts zu gewinnenden praktischen Ergebnisse dieses Opfer nicht und nicht rechtfertigen, sondern einer wahrhaft volkstümlichen Rechtspflege sogar widersprechen würden. Denn das, worauf es bei der Rechtsprechung und der ihr zugrundeliegenden Rechtsetzung in erster Linie und entscheidend ankommt, ist, daß mit ihrer Hilfe solche Ergebnisse erzielt werden

volksverständlich gefaßt ist und der Inhalt dem Volksempfinden entspricht, sondern auch darauf, daß der Volksgenosse sich in den Gesetzen ohne Spezialanwalt zurechtfindet". Im Gegensatz zu Manigk, Neubau des Privatrechts, S. 1, 2.

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung, S. 42; Lange, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, S. 20/21; und Jung, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 84, Ueber die Technik des Gesetzemachens, S. 64 und 69.

können, die als wahrhaft „gerecht“ angesprochen werden können, d. h. die vom Volke als richtig empfunden werden und ihm verständlich sind und die sich insbesondere auch günstig und fördernd auf das Leben des Volkes auswirken. Daß aber dabei auch der Weg und die Mittel jedem verständlich sein müßten, auf den und mit Hilfe derer der Richter zu einem volksnahen Ergebnis kommt, wäre eine Anforderung, die wohl das Volk selbst nicht an das Recht stellt [1]) und daher auch von einzelnen Wissenschaftlern nicht gestellt werden sollte [2]). Es verlangt auch niemand von einem Arzt, daß er so heilen müsse, daß die dabei von ihm angewandten Methoden und technischen Hilfsmittel dem zu Heilenden verständlich sein müßten [3]), und niemand erwartet von einem Baumeister, daß er bei der Ausführung seiner Bauten nur solche Regeln der Baukunst anwende, deren Beherrschung jedem Volksgenossen möglich sind. So darf auch vom Richter nicht verlangt werden, daß das von ihm angewandte Recht in allen Fällen jedem auch nur dem größten Teil der Volksgenossen in seinen Einzelheiten verständlich sei, und infolgedessen auch nicht vom Gesetzgeber, daß seine Gesetze nur solche Regeln enthalten dürften, die jedem Volksgenossen ohne weiteres an sich schon verständlich sind.

Freilich kann dem entgegengehalten werden, daß das Recht ein unmittelbarerer und allgemeinerer Ausdruck des Volkslebens sei, als etwa die Heilkunde oder die Baukunst und infolgedessen auch stärker mit ihm verwurzelt bleiben müsse, und daß das Gesetz sich nicht nur an den Richter, sondern auch an das Volk selbst unmittelbar wende [4]). Das ist insofern richtig, als die Rechtsordnung

1) Manigk, Neubau des Privatrechts, S. 1, 2; Hesse, Grundbuch und materielles Recht, in der Festschrift für Schlegelberger, S. 299; und Lange, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, S. 14, nach dem dem Volksempfinden „das Ergebnis alles, der Weg nichts, bedeutet“.

2) Wie Seydel, a.a.O.

3) Nach Manigk, Neubau des Privatrechts, S. 1/2,

4) Seydel, Wiedersehen mit dem BGB, S. 280.

als Ganzes und die Grundlinien ihres Aufbaus, sowie ihre leitenden Grundgedanken dem ganzen Volke verständlich und als Ausdruck seines völkischen Lebens empfunden werden müssen[1]). Und auch an ihre wichtigsten und grundlegenden Einzelvorschriften müssen aus diesem Grunde höhere Anforderungen an Volkstümlichkeit und Volksverständlichkeit gestellt werden, als an die entsprechenden Regeln anderer Aeußerungen des kulturellen oder wissenschaftlichen Lebens des Volkes. Soweit es sich aber um Einzelheiten handelt, die nur der Durchführung und näheren Ausgestaltung dieser Grundregeln dienen und die gewissermaßen nur ein untergeordnetes und nicht notwendig nach außen hervortretendes Mittel zur Erreichung eines übergeordneten Zweckes darstellen, kann ohne Schaden für die Volkstümlichkeit des Rechts als solchem und ohne Beeinträchtigung des Ansehens der Rechtspflege und des Rechtsstandes davon abgesehen werden, alle nicht unmittelbar volksverständlichen Regeln, Gesetzesteile oder Rechtseinrichtungen zu vermeiden oder auszumerzen. Insoweit kommt es nicht auf die Allgemeinverständlichkeit des Gesetzes, sondern allein auf das damit zu erzielende Ergebnis in der Rechtsprechung an. Solche mehr rechtstechnisch bestimmten Regeln und Rechtseinrichtungen werden aber gerade auf dem Gebiet des Rechtsverkehrs und Vermögenrechts besonders häufig nötig sein, da gerade dieses Gebiet nur durch solche zum Teil verwickelte Vorschriften oder vielleicht oft auch durch künstlich geschaffen anmutende Einrichtungen zweckmäßig geregelt werden kann; insbesondere gilt dies aber auf dem hier zu behandelnden Gebiet des (materiellen wie formellen) Grundbuchrechts. Selbst auf solchen Gebieten soll aber da, wo unter gleichen oder auch nur nahezu gleich zweckmäßigen Vorschriften die eine mehr und die andere weniger dem Verständnis und den natürlichen An-

2) Vgl. Gierke, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, S. 574; ähnlich Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit . . S. 231.

schauungen des Volkes entspricht, jene dieser vorgegezogen werden nach dem Grundsatz: „So wenig Rechtstechnik als möglich, aber auch nicht weniger als nötig“ [1]).

---

A.

## Ueberblick über die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken.

Eine sinnvolle Betrachtung des dinglichen Rechtsgeschäfts im Bodenrecht und seine Untersuchung auf Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit ist nur möglich im Rahmen einer Ueberprüfung der dinglichen Rechtsänderungen an Grundstücken überhaupt, da das dingliche Rechtsgeschäft in seiner Bedeutung, Wirkung und Eigenart aufs engste mit den übrigen Voraussetzungen einer dinglichen Rechtsänderung zusammenhängt. Es ist daher vor einem Eingehen auf die eigentliche Frage der Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts und, im Falle der Bejahung dieser Frage, seiner näheren Ausgestaltung zunächst zu prüfen, welche Voraussetzungen für die dingliche Rechtsänderung im künftigen Bodenrecht überhaupt aufgestellt werden sollen. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, daß man sich einen Ueberblick über die dafür an sich gegebenen grundsätzlichen Möglichkeiten verschafft. Die Betrachtung soll jedoch von vornherein auf rechtsgeschäftliche Rechtsänderungen beschränkt bleiben.

Es sollen daher im folgenden alle an sich möglichen Gestaltungsarten einer rechtsgeschäftlichen dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken zusammengestellt werden. Dies geschieht zunächst ohne Rücksicht auf die praktische Zweckmäßigkeit und rechtspolitische Richtigkeit dieser verschiedenen Regelungen; denn erst auf dieser Grundlage kann und soll dann eine Prüfung der jeweiligen Vorzüge und Nachteile der einzelnen Möglichkeiten

1) Locher, Grundbuchverfassung, S. 42.

vorgenommen werden. Außerdem ist bei dieser Aufzählung zu beachten, daß es sich hier nur um die unmittelbar rechtlichen Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung handelt, nicht also auch um solche Bestandteile des Liegenschaftsumsatzes als einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs, die der dinglichen Rechtsänderung zwar tatsächlich in der Regel vorausgehen, aber deren Fehlen oder Mängel oder Ungültigkeit keinen Einfluß auf den Eintritt der Rechtsänderung haben, wie z. B. im geltenden Recht des BGB der obligatorische Verpflichtungsvertrag.

Solche unmittelbar rechtlichen Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen dinglichen Rechtsänderung im Bodenrecht können sein:

I. Lediglich ein Rechtsgeschäft, und zwar ein obligatorisches Rechtsgeschäft.

Daß dieses obligatorische Rechtsgeschäft dann zugleich auch sachenrechtliche Wirkungen hat, läßt sein eigentliches Wesen als schuldrechtliches Geschäft unberührt.

Dieses System wird von Friederich[1]) und Krause[2]) als „Vertragsprinzip" bezeichnet[3]). Es gilt vor allem in den meisten Rechten des romanischen (außer Spanien und Teilen Südamerikas), des nordischen und, wenigstens für das Fahrnisrecht, des angelsächsischen Rechtskreises[4]).

II. Lediglich die Grundbucheintragung[5]). Dies ist das

---

1) Artikel „Uebereignung" im rechtsvergl. HWB S. 606 ff,

2) Krause, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, in Arch. civ. Pr. 145 S. 312.

3) Der Ausdruck ist ungenau; denn ein Vertrag ist auch in anderen Systemen der dinglichen Rechtsänderung (und insbes. auch in den beiden von Krause außerdem angeführten [siehe unten]) enthalten. Genauer wäre etwa die Bezeichnung „schlichtes Vertragsprinzip".

4) Friedrich, Art. „Uebereignung" im rechtsvergl. HWB Bd. 6, S. 607 und 618 ff. und Predari, Art. „Auflassung" im rechtsvergl. HWB, 2. Bd., S. 274 ff.

5) Wenn man alle Möglichkeiten im weitesten Sinn berücksichtigt, käme an Stelle der Grundbucheintragung an sich auch irgend ein anderes Rechtszeichen oder Kundbarkeitsmittel in Frage, wie z. B. Vertragsniederlegung bei Gericht, Vertragsregistrierung, Aufge-

sogenannte Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung, das früher im sächsischen BGB von 1863 sowie in Hamburg, Lübeck und Teilen Mecklenburgs galt, und im bayerischen Entwurf von 1861 vorgesehen war[1]).

Die tatsächliche und wirtschaftliche Grundlage der Eintragung, die in der Regel in einem obligatorischen Rechtsgeschäft bestehen wird, bleibt hier also außer Betracht, da sie nicht eine unmittelbar rechtliche Voraussetzung der Rechtsänderung darstellt. Zur Herbeiführung der Grundbucheintragung (wie übrigens jedes von einer Behörde vorzunehmenden Realaktes) kann jedoch

a) der Nachweis des obligatorischen Rechtsgeschäfts gefordert werden, was aber die rechtsändernde Wirkung der trotz Ungültigkeit dieses Geschäftes erfolgten Grundbucheintragung nicht berührt, oder

b) eine besondere Willenserklärung zum mindesten einer der an der Rechtsänderung beteiligten Parteien (des von ihr Betroffenen). Diese an die eintragende Behörde gerichteten Willenserklärung oder -erklärungen bzw. ihre ordnungsmäßige Entstehung und Abgabe ist (oder sind), ebenso wie der Nachweis des Grundgeschäftes im Falle a), aber nicht unmittelbare Voraussetzung(en) der Rechtsänderung selbst (und ihre Fehlerhaftigkeit ohne Einfluß auf deren Eintritt), sondern sie ist (sind) nur Voraussetzung der Eintragung, also nur mittelbare Voraussetzung der Rechtsänderung. Auch eine nicht auf einer ordnungsmäßigen derartigen Erklärung beruhende Eintragung führt die Rechtsänderung herbei.

III. Ein (obligatorisches) Rechtsgeschäft und die Grund-

---

botsverfahren (so bis zum Inkrafttreten des BGB in Bremen; vgl. Mot. III, 11f.) oder Uebergabe wie im Fahrnisrecht. Auf diese Untermöglichkeiten soll jedoch hier nicht weiter eingegangen werden und nur die Grundbucheintragung als solches Rechtszeichen berücksichtigt werden, da die Beibehaltung des Grundbuches außer Zweifel steht.

1) Mot. S. 137.

bucheintragung [1]). Friedrich [2]) und Krause [3]) nennen dieses System, vom Fahrnisrecht ausgehend, Uebergabeprinzip, verstehen darunter aber auch das entsprechende Prinzip im Bodenrecht, wo an Stelle der Uebergabe die Grundbucheintragung tritt; es könnte hier entsprechend als „Eintragungsprinzip" bezeichnet werden, bzw. zusammenfassend als „Uebergabe- und Eintragungsprinzip" [4]).

Dieses Prinzip herrscht im österreichischen und im schweizerischen Liegenschaftsrecht [5]), sowie in einigen anderen Ländern, insbesondere in den Niederlanden [6]) und Brasilien [7]).

Für das Wesen des Rechtsgeschäfts gilt hier das Gleiche wie für die Möglichkeit I.

An die Stelle des Rechtsgeschäfts könnte dabei ohne grundsätzliche Aenderung dieses Prinzips auch ein sonstiger (rechtsgeschäftsähnlicher oder gesetzlicher) obligatorischer Rechtsgrund treten.

Die Voraussetzungen für die Vornahme der Grundbucheintragung wiederum können auch hier verschieden gestaltet sein:

a) die Eintragung wird vorgenommen bei Nachweis des außer ihr noch erforderlichen Rechtsgeschäfts (oder des sonstigen obligatorischen Rechtsgrundes).

b) Die Eintragung erfolgt schon bei nur teilweisem

---

1) Oder an deren Stelle ein anderes Rechtszeichen (wie im Fall II; vgl. Anm. 5 S. 14). So war z. B. im römischen (justianischen) Recht und ist heute noch in Spanien (Triebel, materielles Grundbuchrecht, S. 52) die Uebergabe neben einem Verpflichtungsgeschäft Voraussetzung der Rechtsänderung.

2) Art. „Uebereignung" im rechtsvergl. HWB S. 606 ff.

3) Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 312.

4) So Friedrich, a.a.O., S. 616. Auch diese Bezeichnungen sind aber ungenau; denn Uebergabe sowohl wie Grundbucheintragung finden sich nicht nur bei diesem Prinzip. Genauer, allerdings auch schwerfälliger, wäre „Vertrags- und Uebergabe-" bzw. „Vertrags- und Eintragungsprinzip".

5) Friedrich, a.a.O., S. 616 und 613/14, Predari, a.a.O., S. 273.

6) Predari, a.a.O., S. 275.

7) Triebel, Materielles Grundbuchrecht, S. 53.

Nachweis des Rechtsgeschäfts, nämlich bei Nachweis der Erklärung des durch die vereinbarte Rechtsänderung Betroffenen[1]).

c) Die Eintragung setzt eine besondere verfahrensrechtliche Willenserklärung des Betroffenen („Eintragungsbewilligung") voraus[2]). Diese ist, ebenso wie die in IIb erwähnte Erklärung, keine Voraussetzung der Rechtsänderung selbst, sondern nur eine Voraussetzung der Eintragung und hat nur formalrechtliche Bedeutung, d. h. auch eine nicht auf ihr beruhende Eintragung führt in Verbindung mit einem gültigen materiellen Rechtsgeschäft die Rechtsänderung herbei und trotz ihrer Ordnungsmäßigkeit und einer darauf beruhenden Eintragung tritt bei Ungültigkeit des materiellen Rechtsgeschäftes die Rechtsänderung nicht ein.

IV. Lediglich ein dingliches Rechtsgeschäft. Es ist im Gegensatz zum obligatorischen unmittelbar und ausschließlich auf den Eintritt der Rechtsänderung selbst gerichtet. Es vereinigt auch nicht etwa, wie das obligatorische Rechtsgeschäft im Fall I schuldrechtliche und sachenrechtliche Wirkungen in sich, sondern hat lediglich unmittelbar rechtsändernde und keine verpflichtende Wirkung. Daß seine tatsächliche und wirtschaftliche Grundlage in aller Regel ein obligatorisches Rechtsgeschäft sein wird, ist ohne Einfluß darauf, daß Voraussetzung des Eintritts der dinglichen Rechtsänderung als solcher nur dieses dingliche Rechtsgeschäft ist. Dieses ist ist also von seinem wirtschaftlichen Grundgeschäft in seiner Wirkung losgelöst („abstrakt").

Geltung hat dieses Prinzip in Japan erlangt[3]).

Innerhalb dieser Möglichkeit lassen sich zwei Unterfälle unterscheiden:

---

1) Die Möglichkeit des Nachweises nur der Erklärung des Begünstigten bleibt als zu fernliegend von vornherein außer Betracht.

2) Die Möglichkeit einer solchen Erklärung seitens des Begünstigten ist ebenfalls von vornherein auszuscheiden.

3) Predari, Art. „Auflassung" im rechtsvergl. HWB, B. 2. S. 275.

1. Das dingliche Rechtsgeschäft ist ein einseitiges, d. h. es ist nur die Erklärung des durch die Rechtsänderung Betroffenen nötig[1])[2]).

2. Das dingliche Rechtsgeschäft ist zweiseitig, also ein Vertrag zwischen dem durch die Rechtsänderung Betroffenen und dem durch sie Begünstigten.

V. Ein obligatorisches und ein dingliches Rechtsgeschäft. Im Gegensatz zum Fall IV setzt hier also die dingliche Rechtsänderung die Wirksamkeit auch des obligatorischen Grundgeschäftes voraus. Das dingliche Rechtsgeschäft ist also hier nicht „abstrakt".

Das obligatorische Rechtsgeschäft könnte hier ebenso wie im Falle III durch einen anderen (rechtsgeschäftähnlichen oder gesetzlichen) obligatorischen Rechtsgrund ersetzt werden.

Das dingliche Rechtsgeschäft kann auch hier, wie im Falle IV

1. einseitig oder
2. zweiseitig

sein.

VI. Ein dingliches Rechtsgeschäft und Grundbucheintragung. Für das dingliche Rechtsgeschäft und sein Verhältnis zum Grundgeschäft gelten auch hier die entsprechenden Bemerkungen zu IV.

Dieses System nennt Krause[3]) (im Hinblick auf den bedeutenderen Unterfall 2 [siehe unten]), ebenso wie das folgende unter VII, „Einigungsprinzip". Es gilt in der hier gekennzeichneten Form im geltenden Recht des BGB und verdankt seine erste grundlegende wissenschaftliche Ausbildung Savigny[4]) und seine Fortbildung der deutschen Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts.

---

1) Die Möglichkeit einer Erklärung nur des Begünstigten scheidet auch hier von vornherein aus.

2) Zu beachten ist, daß diese Erklärung im Gegensatz zu der im Falle IIIc hier eine materiellrechtliche Rechtsänderungsvoraussetzung darstellt und keine bloße verfahrensrechtliche Bedeutung hat.

3) Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. S. 312.

4) Vgl. Felgenträger, Friedrich Carl von Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre.

Es gilt auch hier die Unterteilung in die Fälle der Einseitigkeit und der Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts.

1. Das dingliche Rechtsgeschäft ist einseitig, d. h. es besteht nur in einer dinglichen Willenserklärung des Betroffenen (z. B. BGB §§ 875, 928).

Voraussetzungen für die Vornahme der Grundbucheintragung können dabei sein:

a) Nachweis des dinglichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Grundbuchamt.

b) Abgabe einer besonderen formellrechtlichen Bewilligungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Für diese Erklärung und ihr Verhältnis zu der materiellrechtlichen vgl. IIIc.

2. Das dingliche Rechtsgeschäft ist ein Vertrag („Einigung") des Betroffenen und des Begünstigten (z. B. BGB §§ 873, 925).

Mit Rücksicht auf die Eintragungsvoraussetzungen ergeben sich folgende Untermöglichkeiten:

a) Nachweis des dinglichen Rechtsgeschäfts (z. B. GBO § 20).

b) Teilweiser Nachweis des dinglichen Rechtsgeschäfts, nämlich Nachweis der materiellrechtlichen Erklärung des Betroffenen[1]).

c) Besondere, formellrechtliche Erklärung des Betroffenen[1]) (z. B. GBO § 19).

Dieser Unterfall kann in den zu b) übergehen, wenn diese, an sich nötige, besondere Bewilligungserklärung des Verfahrensrechts in der materiellrechtlichen Erklärung des Betroffenen mit enthalten ist. (Näheres hierüber siehe Abschnitt B, V).

VII. Ein obligatorisches Rechtsgeschäft, ein dingliches Rechtsgeschäft und Grundbucheintragung. Dieser Fall verhält sich zu Fall VI, wie Fall V zu Fall IV, d. h.

1) Außer Betracht bleiben auch hier die Möglichkeiten des Nachweises nur der materiellen Erklärung des Begünstigten und einer formellrechtlichen Erklärung nur des Begünstigten.

er unterscheidet sich von diesem nur durch die Rechtsgrundabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts.

In dieser Form gilt das „Einigungsprinzip", allerdings nur entsprechend für das Fahrnisrecht, nach teilweiser Ansicht im Gebiet des österreichischen ABGB[1]) und in der Schweiz[2]).

Die Untergliederung ist dieselbe wie bei VI.

---

## B. Das dingliche Rechtsgeschäft als notwendiger Bestandteil der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken und seine Ausgestaltung im einzelnen.

Welche der unter A genannten grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten kann nun als Augangspunkt für eine Neuregelung der dinglichen Rechtsänderung im Bodenrecht dienen?

Die einzelnen Möglichkeiten lassen sich in drei Hauptgruppen einteilen: solche mit nur einem oder mit mehreren rechtsgeschäftlichen Elementen (I, IV, V), eines mit nur einem äußeren Rechtszeichen, nämlich der Grundbucheintragung (II) und solche, die ein oder mehrere rechtsgeschäftliche Elemente und die Grundbucheintragung als Rechtsänderungsvoraussetzungen in sich vereinigen (III, VI, VII). Die Prüfung der einzelnen Möglichkeiten kann daher dadurch vereinfacht werden, daß zunächst die erste Gruppe mit der zweiten und dritten und dann diese unter sich verglichen werden und so die jeder Gruppe eigentümlichen Merkmale für die weitere Untersuchung ausgeschieden oder ihr zugrunde gelegt werden.

---

1) Friedrich, Art. „Uebereignung" im rechtsvergl. HWB Bd. 6 S. 614/615; Predari, Art. „Einigung" im rechtsvergl. HWB Bd. 2, S. 809; Dulckeit, Das bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung, in DRW 1939, S. 359.

2) Friedrich, Art. „Uebereignung" im rechtsvergl. HWB, Bd. 6, S. 612/613.

Es ist also zunächst zu untersuchen, ob ein Rechtsgeschäft oder mehrere Rechtsgeschäfte für sich allein als Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung genügen können, und sodann, ob die Grundbucheintragung allein als Rechtsänderungsvoraussetzung genügt oder zu ihr noch mindestens ein rechtsgeschäftliches Element hinzukommen muß. Erst nach Ablehnung dieser beiden Möglichkeiten taucht die Frage auf, ob zu der Grundbucheintragung nur ein Verpflichtungsgeschäft hinzukommen soll, oder aber an Stelle des Verpflichtungsgeschäftes oder auch zu ihm hinzu ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft treten soll. Die beiden Möglichkeiten VI und VII sollen dabei, da sie sich nur durch die Abstraktheit bzw. Rechtsgrundabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts unterscheiden, diese Frage aber hier, wie eingangs erwähnt, nicht geprüft werden soll, als gleichstehend behandelt werden. Im folgenden werden dann das Verhältnis des dinglichen Rechtsgeschäfts zu den formellen Eintragungsvoraussetzungen und schließlich einige Sonderfragen untersucht.

## I. Kann ein Rechtsgeschäft oder können mehrere Rechtsgeschäfte zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken genügen?

Als erste der einzelnen Fragen, die uns schrittweise der endgültigen Entscheidung unter den verschiedenen denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten des dinglichen Verfügungsvorgangs näher bringen sollen, soll also zunächst die untersucht werden, ob zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung lediglich ein Rechtsgeschäft, oder auch mehrere Rechtsgeschäfte genügen können, oder ob dazu außerdem noch irgend ein tatsächlicher Vorgang hinzukommen muß, oder auch dieser allein erforderlich sein soll. Als Rechtsgeschäft kommen dabei, wie wir gesehen haben, sowohl ein schuldrechtliches wie ein sachenrechtliches, wie auch beide zusammen in Frage. Hinsichtlich des tatsächlichen Vorgangs wurde bereits ausgeführt, daß als solcher von vornherein nur eine Grundbucheintragung

in Betracht gezogen werden soll, und andere an sich denkbare Realakte als heute praktisch undurchführbar von vornherein ausgeschieden werden sollen, wenn auch einige der im folgenden angeführten Gesichtspunkte ebenso im Hinblick auf ein anderes äußeres Rechtszeichen zutreffen könnten.

Die Entscheidung dieser Frage fällt nicht genau mit der Entscheidung für oder gegen das „Vertragsprinzip" (siehe oben S. 14) zusammen; zwar würde eine Entscheidung für die Grundbucheintragung zugleich eine Ablehnung des Vertragsprinzips darstellen, nicht notwendig aber würde eine Entscheidung gegen die Grundbucheintragung auch schon eine Entscheidung für das Vertragsprinzip bedeuten; denn es stünde dann noch nicht fest, ob der obligatorische Vertrag allein genügte, oder ob zur dinglichen Rechtsänderung noch ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft hinzukommen müßte. Dagegen enthält diese Frage immer zugleich die Entscheidung für oder gegen das „Eintragungsprinzip"[1]). Die Untersuchung dieser Frage besteht also in einem Vergleich der Möglichkeiten A I, IV, V einerseits und A II, III, VI, VII andererseits.

1.

Für lediglich ein rechtsgeschäftliches Element oder mehrere solche als Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken und gegen eine Grundbucheintragung sprechen folgende Gesichtspunkte:

a) Jede rechtsgeschäftliche (und nur eine solche steht hier überhaupt in Frage) dingliche Rechtsänderung beruht letzten Endes auf dem Willensschluß und der Willenskundgabe der beteiligten Parteien; dieser Parteiwille ist, wenigstens grundsätzlich, auch für Art und Umfang der

1) Hier nicht in dem weiteren Sinn wie oben A III (S. 15). sondern in dem engeren und eigentlichen Sinn, daß die dingliche Rechtsänderung stets, wenn auch neben anderen Erfordernissen. eine Grundbucheintragung voraussetzt.

Rechtsänderung maßgeblich. Dieser Grundsatz der „Privatautonomie“ gilt auch heute in unserer Rechtsordnung und wird stets in jeder Rechtsordnung gelten müssen, die Verantwortungsbewußtsein und eigene Entschlußkraft ihrer Glieder voraussetzt und deren Bevormundung bis in alle Einzelheiten des täglichen Lebens ablehnt. Dieser Grundsatz ist auch nicht wesensgemäß liberalistisch, sondern die Rechtsordnung verwirklicht den Willen des einzelnen Volksgenossen „nach bestem Vermögen, nicht weil sie sich ihm unterworfen fühlt, wie der Liberalismus meinte, sondern weil sie ihn in aller Regel billigen kann und weil sie Vertrauen schenkt und erwartet“ [1]). Es könnte daher, wenigstens zunächst, am einfachsten und folgerichtigsten scheinen, die Willenserklärungen der beteiligten Parteien als Voraussetzungen auch der dinglichen Rechtsänderung genügen zu lassen.

b) Wenn zur Herbeiführung der Rechtsänderung nur ein unter den beteiligten Parteien vorgenommenes Rechtsgeschäft (oder deren mehrere) genügte, ohne daß sie sich zur Vollendung des von ihnen erstrebten Rechtserfolgs an eine Behörde wenden müßten, die erst durch eine Rechtshandlung ihrerseits die Rechtsänderung endgültig herbeiführt, so würde dadurch der Grundstücksverkehr erheblich vereinfacht, erleichtert und beschleunigt werden. Man kann diesen Gesichtspunkt mit Heck [2]) als „Verkehrsinteressen“, „Bequemlichkeitsinteressen“ oder „Freiheitsinteressen“ bezeichnen.

c) Schließlich sprechen gegen das Eintragungsprinzip die erheblichen Opfer an Zeit und Geld, die es von den Beteiligten fordert, sowie die Opfer des Staates und damit der Volksgemeinschaft an Kosten für die Unterhaltung des zur Einrichtung und Führung der Grundbücher nötigen Behördenapparates (Heck [3]): „Aufwandsbedenken“).

1) Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit . . . in DRW 1939, Seite 228.

2) Grundriß des Sachenrechts, § 40, II, 1. (S. 158).

3) A.a.O., § 35, 3 (S. 136).

2.

Dagegen spricht nur scheinbar, oder wenigstens nur mittelbar[1]), gegen das Eintragungsprinzip die Gefahr des Rechtsverlustes durch Verfügungen eingetragener Nicht-Berechtigter. Denn dies ist nicht eine Folge des Eintragungsprinzips als solchen, sondern des zwar darauf aufbauenden, aber nicht unbedingt notwendig damit verbundenen Grundsatzes des öffentlichen Glaubens.

3.

Gegen das Ausreichen eines rechtsgeschäftlichen Elements als Voraussetzung für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung für das Eintragungsprinzip sprechen folgende Gründe:

a) Die dinglichen Rechtsverhältnisse an Grundstücken, an „Boden", erfordern aus verschiedenen Gründen eine Offenlegung und Kundbarmachung nach außen, sie sollen für jedermann und nicht nur für die unmittelbar Beteiligten selbst sichtbar und erkennbar gemacht werden. Wenn dies, wenigstens zum Teil — nämlich soweit das Eigentum in Frage kommt — auch schon für die schuldrechtlichen Beziehungen, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, wenigstens grundsätzlich, auch für die sachenrechtlichen Rechtsverhältnisse an Fahrnis (wenn es hier auch durch andere Mittel bewirkt wird), so gilt es doch hier in noch erhöhtem und verstärktem Maße. Und zwar darf sich diese Offenlegung nicht nur auf die Rechtsgeschäfte, die ein dingliches Grundstücksrecht betreffen, beschränken, sondern muß auch alle durch solche Rechtsgeschäfte, sowie darüber hinaus grundsätzlich, wenn auch nicht mit derselben Ausschließlichkeit, die durch unmittelbar gesetzliche Rechtsänderung herbeigeführten Rechtszustände erfassen. Sie kann ferner ihre Zwecke, oder zumindest einen großen Teil davon, nur dann voll erfüllen, wenn sie nicht nur durch einen Vorgang erzielt wird, der sich nur an ein die dingliche Rechtsänderung schon endgültig

1) Anders Heck, a.a.O., § 35, 3 (S. 136).

bewirkendes Rechtsgeschäft anschließt, sondern nur, wenn der Eintritt der dinglichen Rechtsänderung als solcher von diesem Offenlegungsvorgang mit abhängig gemacht wird[1]).

Die Notwendigkeit der Offenkundigkeit und leichten Erkennbarkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse an Grundstücken ergibt sich zum Teil aus unmittelbaren Belangen der Volksgemeinschaft, zum Teil aus Belangen der an der Rechtsordnung beteiligten einzelnen Volksgenossen und zu einem Teil auch aus dem Wesen der dinglichen Rechtsverhältnisse selbst.

aa) Der Boden ist das wertvollste Volksgut. Seine Bedeutung liegt nicht nur auf materiellem, sondern auch auf ideellem Gebiet. Daraus ergibt sich, aus allgemein wirtschaftlichen, kulturellen und fiskalischen Gründen die Notwendigkeit der Beteiligung von Gemeinschaftsorganen an den ihn betreffenden Rechtsgeschäften zur Ueberwachung, ob sie mit den Belangen der Volksgemeinschaft in Einklang stehen, sowie die Notwendigkeit des Nachweises der an ihm bestehenden Rechtsverhältnisse durch öffentliche Einrichtungen[2]). Beides wird am besten dadurch erreicht, daß auch die „privatrechtliche“ Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung an Grundstücken von einem Offenkundigkeitsakt abhängig gemacht wird, dieser also zu dem rechtsgeschäftlichen Element (oder mehreren solchen) als gleichrangige Voraussetzung des Eintritts der Rechtsänderung hinzutritt (oder auch, was unter II zu untersuchen ist, allein an Stelle des Rechtsgeschäfts tritt), aber nicht dadurch, daß etwa nur eine nachträgliche Anzeige der bereits allein von den Parteien vollzogenen Rechtsänderung oder die nachträgliche Vornahme dieses Publizitätsaktes vorgeschrieben würde. Dieser Offenlegungsvorgang kann damit zum Ansatzpunkt für zahlreiche, die Grundstücksgeschäfte betreffende, öffentlichrechtliche Vorschriften gemacht werden (Näheres über

1) Vgl. Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 35, 6 (S. 137) und Locher, Grundbuchverfassung, S. 44/45.

2) Vgl. auch Locher, Grundbuchverfassung, S. 43 und 44.

diese siehe unten S 43). Ferner setzen die Geltendmachung allgemeiner Eigentümerpflichten, Eigentumsbeanspruchungen und Enteignungen eine zuverlässige Festlegung des Eigentümers voraus[1]).

bb) Auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs erfordert die Einschaltung eines Offenkundigkeitselementes in den Gesamtvorgang der dinglichen Rechtsänderung[2]).

1. Die Beibehaltung eines Verkehrsschutzes im Sinn einer Anerkennung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten erscheint unerlässlich. Ein solcher Gutglaubensschutz setzt aber stets einen leicht erkennbaren Tatbestand voraus, der als regelmäßiger Hinweis auf das Recht des Veräußerers und damit als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb gelten kann[3]), (wenn auch, wie oben zu 2 angeführt, umgekehrt das Eintragungsprinzip noch nicht ohne weiteres den Gutglaubensschutz voraussetzt).

2. Der Realkredit hat nur dann eine sichere Grundlage, wenn die Eigentumsverhältnisse, sowie alle vorhergehenden Belastungen einem neu hinzukommenden Berechtigten genau (nach Inhalt und Umfang) erkennbar sind[4]).

3. Schließlich ist auch eine feste und genau bestimmte Rangfolge der Grundstücksbelastungen, die ebenfalls im Verkehrsinteresse liegt, nur möglich, wenn der Zeitpunkt des Entstehens einer jeden Belastung genau festgelegt werden kann[5]), (vorausgesetzt, daß die Rangfolge an die zeitliche Reihenfolge des Entstehens der Belastungen anknüpft, was aber unterstellt werden kann); dies setzt aber wiederum eine Offenlegung der einzelnen Belastungen und ihrer Entstehungsfolge voraus.

---

1) Siehe Wieacker, Bodenrecht, § 13, I, 2 (S. 113).

2) Vgl. Lange, Boden, Ware und Geld, I, S. 68.

3) Vgl. Mot. III S. 17.

4) Vgl. Mot. III S. 16; Locher, Grundbuchverfassung S. 43; und Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 35, 2 (S. 135).

5) Vgl. Lange, in Arch. civ. Pr. 145. S. 369 (in Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht).

cc) Einige weitere Gründe für die Kenntlichmachung dinglicher Rechtsvorgänge und Rechtszustände nach außen ergeben sich auch aus dem Wesen der dinglichen Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse überhaupt.

1. Die dinglichen Rechte wirken gegen jedermann („absolut"), während die schuldrechtlichen Beziehungen nur den unmittelbar Beteiligten („relativ") wirken[1]).

2. Die dinglichen Rechtsverhältnisse sind ihrer Natur nach für die Dauer, oder wenigstens für eine gewisse Dauer, bestimmt[2]), im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Beziehungen, die meist mehr vorübergehender Art sind; Dauerndes aber ist wichtiger als nur Vorübergehendes und verlangt und verdient erkennbar festgelegt zu werden.

3. Dingliche Rechtsänderungen und Rechtsverhältnisse sind vielfach von besonders großer wirtschaftlicher Bedeutung[3]).

b) Wenn als Grund gegen das Eintragungsprinzip oben zu 1b die Erleichterung des Rechtsverkehrs angeführt wurde, so kann dem entgegengehalten werden, daß eine solche möglichst weitgehende Erleichterung und Vereinfachung des Grundstücksverkehrs überhaupt nicht erwünscht ist. Denn der Boden soll nicht zur „Ware" werden; sondern es soll auf seine Bindung, die Festigung der Rechtsverhältnisse an ihm, hingearbeitet werden, da er als das wichtigste und allein unvermehrbare und unersetzbare Volksgut kein Handels- oder Tauschobjekt werden darf[4]).

4.

Der Vergleich der für und wider das Eintragungsprinzip angeführten Gründe ergibt, daß ein Rechtsgeschäft (oder mehrere) allein zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken nicht genügen. Der

1) Siehe auch Mot. III S. 16 und Krause, Das Einigungsprinzip, in Arch. civ. Pr. 145 S. 314,

2) Vgl. Heck, Grundriß d. Sachenrechts, § 35, 2 (S. 135).

3) Vgl. Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 35, 2 (S. 135).

4) Vgl. auch Locher, Grundbuchverfassung, S. 49.

Punkt 1a beruht mehr auf Erwägungen allgemeiner Art und vermag keinen entscheidenden Einfluß auf das Ergebnis auszuüben, der Punkt 1b wurde durch 2b als unbeachtlich nachgewiesen und die in 1c erwähnten Nachteile werden durch die Gründe in 2a weit aufgehoben und können daher in Kauf genommen werden.

## II. Kann die Grundbucheintragung allein als Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken genügen?

Wenn unter I festgestellt wurde, daß ein rechtsgeschäftliches Element allein ohne hinzutretende Eintragung zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken nicht genügen kann, so soll nun untersucht werden, ob andererseits eine solche Grundbucheintragung allein die (unmittelbar rechtliche) Voraussetzung dieser dinglichen Rechtsänderung bilden kann, oder ob ein Rechtsgeschäft, wenn es auch allein nicht genügt, doch stets noch mit hinzukommen muß. Es handelt sich also um einen Vergleich der oben unter A II beschriebenen Möglichkeit mit den Möglichkeiten A III, VI, und VII, d. h. mit anderen Worten um die Entscheidung der Frage, ob das Prinzip der formalen Rechtskraft der Buchung zu empfehlen ist oder nicht. Im Fall der Verneinung dieser Frage ist damit zwar die Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen Elementes als unmittelbar rechtlicher Rechtsänderungsvoraussetzung festgestellt, aber noch nichts über dessen Art und nähere Ausgestaltung ausgesagt (ob einseitig oder zweiseitig, ob obligatorisches oder dingliches oder beides zusammen und in letzterem Fall das gegenseitige Verhältnis).

### 1.

Das Prinzip der formalen Rechtskraft der Grundbucheintragung hat den Vorteil, daß der Grundbuchinhalt und die wirkliche Rechtslage weitestgehend übereinstimmen; (völlig allerdings auch nur dann, wenn auch nicht rechtsgeschäftliche Rechtsänderungen nur durch Eintragung vor

sich gehen könnten; diese Möglichkeit zu erörtern, würde aber über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen). Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs und die damit zusammenhängenden Fragen würden also, zumindest in den weitaus meisten Fällen, entfallen und insofern eine rechtstechnische Vereinfachung erzielt werden [1]).

2.

Diesem Vorzug stehen aber sehr erhebliche Nachteile gegenüber:

a) Die Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und Rechtswirklichkeit wäre, soweit sie durch die formale Rechtskraft der Eintragung in weiterem Umfang als in einem anderen Rechtsänderungssystem herbeigeführt würde, nur eine scheinbare; denn in den Fällen, in denen Mängel des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ohne formale Rechtskraft der Eintragung das Grundbuch unrichtig werden lassen, tritt hier zwar die Rechtsänderung trotzdem ein und bleibt das Grundbuch damit richtig, aber es muß dann andererseits ein (obligatorischer) Kondiktionsanspruch auf Aenderung der Eintragung zugebilligt werden [2]). Das genannte Prinzip würde also eine Zurückdrängung des „wirklichen" Rechts zu Gunsten des „formalen" Rechts zur Folge haben [3]); dies widerspricht aber den, insoweit gerechtfertigten und durchführbaren, Grundsätzen der Rechtswahrheit und möglichsten Lebensnähe des Rechts.

b) Dazu kommt, daß der Grundbuchverkehr eine so weitgehende und vollständige Richtigkeit des Grundbuchs, wie er durch die formale Rechtskraft der Eintragung erzielt wird, überhaupt nicht erfordert, da den Bedürfnissen der Rechtssicherheit schon durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs genügend Rechnung getragen werden kann. Denn es wäre unbillig, den

1) Vgl. Mot. III S. 139 u. Locher, Grundbuchverfassung, S. 49.

2) Vgl, auch Mot. III S. 140 und Locher, Grundbuchverfassung Seite 50.

3) Siehe Locher, Grundbuchverfassung, S. 50, Endemann, Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts, § 50 Anm. 3 (S. 270/271) u. Mot. S. 139.

Veräußerer bei Mängeln des Grundgeschäftes, bzw. bei Beibehaltung eines abstrakten dinglichen Vertrags wenigstens bei dessen Mängeln, dem Erwerber gegenüber auf einen obligatorischen Bereicherungsanspruch bzw. im Konkurs auf die Konkursdividende zu verweisen und ihm den dinglichen Berichtigungsanspruch bzw. im Konkurs die Aussonderung zu versagen. Der Erwerber hätte hieran kein schutzwürdiges Interesse und die Verkehrssicherheit als solche wird durch die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber allein überhaupt nicht berührt [1]). Es besteht nur ein schutzwürdiges Interesse des gutgläubigen Dritterwerbers vom Buchberechtigten bei mangelfreiem Veräußerungsgeschäft und damit auch des Rechtsverkehrs; diesem Interesse dient aber schon der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der nicht an die formale Rechtskraft der Eintragung gebunden ist. In diesem Fall ist der wahre Berechtigte allerdings stets auf den Bereicherungsanspruch gegen den verfügenden Nichtberechtigten (§ 816 Abs. 1 BGB) angewiesen; sein Interesse muß hier aber gegenüber dem Gemeinschaftsinteresse der Verkehrssicherheit zurücktreten. Andererseits entspricht es den Belangen des wahren Berechtigten, ohne denen der Allgemeinheit zu widersprechen, daß diese Verweisung auf den Kondiktionsanspruch auf die Fälle der mangelfreien Weiterveräußerung durch den Buchberechtigten an einen gutgläubigen Dritten beschränkt bleibt.

c) Ferner wäre auch die durch das Prinzip der formalen Rechtskraft der Buchung erzielte rechtstechnische Vereinfachung nur eine scheinbare. Denn wenn schon jede Eintragung unabhängig von ihren tatsächlichen Grundlagen die weittragende Bedeutung einer dinglichen Rechtsänderung hat, so muß wenigstens das formelle Grundbuchrecht dafür sorgen, daß Verschiedenheiten zwischen dem „wahren" Recht und der Buchlage möglichst selten

1) Siehe auch Lange, in Arch. civ. Pr. 145 S. 368/69 (in Bespr. v. Triebel, Materielles Grundbuchrecht); Locher, Grundbuchverfassung S. 50 und Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 35, 8 (S. 138).

bleiben und so die Entstehung von Bereicherungsansprüchen möglichst eingeschränkt wird. Es könnte sich daher nicht mit einer einseitigen Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtlicher Voraussetzung der Eintragung begnügen, sondern müßte, zumindest bei der Eigentumsübertragung, wohl aber auch sonst, die Nachprüfung der Gültigkeit des zugrundeliegenden materiellen Rechtsgeschäfts vorschreiben[1]); d. h. die Möglichkeit A IIb müßte als zu unzweckmäßig zu Gunsten der Möglichkeit A IIa ausscheiden. Diese grundbuchrechtliche Nachprüfung des Grundgeschäftes würde ferner einen formalisierten Abschluß oder wenigsten den formalisierten Nachweis des Abschlusses des auf die dingliche Rechtsänderung gerichteten Geschäfts bedingen, und zwar in allen Fällen dinglicher Rechtsänderung.

Es würde somit das Grundbuchamt zu sehr überlastet und der Grundbuchverkehr unnötig erschwert werden.

d) Schließlich spricht auch eine mehr grundsätzliche Erwägung gegen das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung. Es ist zu beachten, daß ja hier nur rechtsgeschäftliche Rechtsänderungen in Frage stehen und gerade bei diesen ist der Wille der Beteiligten die eigentliche und tatsächliche Grundlage der Rechtsänderung. Daß die „Privatautonomie" als grundsätzliche Möglichkeit des einzelnen Rechtsgenossen, seine Rechtsverhältnisse im Rahmen der Gemeinschaftsbelange selbständig und eigenverantwortlich zu gestalten, beizubehalten ist, wurde schon oben (S. 22) erwähnt. Es wäre daher ein Widerspruch zwischen Rechtswirklichkeit und gesetzlicher Rechtsnormierung, wenn dieser Wille der Beteiligten in den gesetzlichen Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung überhaupt keinen Ausdruck fände[2]). Aus dem Grundsatz, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht verlieren (von öffentlichrechtlichen Rechtsentziehungen und Rechtsbindungen

1) Siehe Wieacker, Bodenrecht, § 17. II, 2 (S. 142).

2) Vgl. Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Prax. 145 S. 314/15.

abgesehen) und auch ohne seinen Willen kein Recht erwerben kann, ergibt sich die Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen Elements als (unmittelbar rechtlicher) Voraussetzung der Rechtsänderung neben der Grundbucheintragung.

Dieser Gesichtspunkt allein würde allerdings zur Widerlegung der formalen Rechtskraft nicht ausreichen (vgl. oben I, 1a mit I, 4); er vermag jedoch die anderen Gründe zu ergänzen.

3.

Das eindeutige Ergebnis dieses Abschnittes ist also, daß die Eintragung allein als Voraussetzung der Rechtsänderung an Grundstücken ebensowenig genügen kann, wie ein Rechtsgeschäft allein.

## III. Ist, abgesehen von Grundbucheintragung und Verpflichtungsgeschäft, ein besonderes dingliches Verfügungsgeschäft erforderlich?

Mit der Feststellung, daß zu der Grundbucheintragung als Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken noch ein rechtsgeschäftliches Element hinzutreten muß, ist über dessen Art und Ausgestaltung noch nichts Bestimmtes festgelegt. Es bestehen hierfür die unter A III, VI, VII angegebenen Möglichkeiten. Das rechtsgeschäftliche Element kann also sowohl in einem obligatorischen Verpflichtungsgeschäft (an dessen Stelle aber auch ein sonstiger rechtsgeschäftsähnlicher oder gesetzlicher obligatorischer Rechtsgrund treten kann), als auch in einem dinglichen Verfügungsgeschäft, als auch in beiden zusammen bestehen. Die beiden letzteren Fälle (VI und VII) unterscheiden sich dabei nur durch die Unabhängigkeit bzw. Abhängigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes vom schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft. Da über diese Frage der „Abstraktheit“ hier nicht entschieden werden soll, werden diese beiden Fälle hier zu gleichmäßiger Betrachtung zusammengefaßt. Hier ist dagegen zu unter-

suchen, ob das Verpflichtungsgeschäft neben der Eintragung zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung genügen kann, oder ob das rechtsgeschäftliche Element durch ein zweites, dingliches Rechtsgeschäft eine Wiederholung und Verstärkung erfahren soll. Daß die Entscheidung für ein solches besonderes dingliches Rechtsgeschäft nicht auch schon eine Entscheidung für die Abstraktheit dieses dinglichen Rechtsgeschäfts und damit der Rechtsänderung überhaupt bedeutet, wurde schon eingangs erwähnt (Einleitung 4). Besonderen Teiluntersuchungen bleiben — im Fall der Bejahung eines besonderen dinglichen Verfügungsgeschäfts — die Frage der Ein- oder Zweiseitigkeit dieses dinglichen Rechtsgeschäfts, sowie sein Verhältnis zu den formellen Eintragungsvoraussetzungen vorbehalten.

Während die Ergebnisse der Fragen B I und II für das künftige Recht unbestritten feststehen, da sich auch das geltende Recht insoweit durchaus bewährt hat, wird die Frage der Beibehaltung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts in der neueren Literatur zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts teilweise verneint. Allerdings sind diese Angriffe gegen den dinglichen Vertrag zumeist mit der Ablehnung der Abstraktheit der Rechtsänderung verbunden[1]). Unabhängig von der Frage der Abstraktheit befaßt sich insbesondere Krause in „Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts“ in Arch. civ. Pr. 145 S. 312ff. mit der Frage der Abschaffung der dinglichen Einigung.

1) So Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft; Freisler, Einige Gedanken zur Erneuerung des deutschen Gemeinrechts in in DGWR 1937, S. 88; Eichler, Wandlungen des Eigentumsbegriffs, S. 162; Dulckeit, Das Bürgerliche Recht d. Ostmark und d. deutsche Rechtserneuerung, in DRW 1939, S. 359; Lange, Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft? in DR 1935 S. 485ff.; Lange neigt jedoch jetzt wieder mehr der Aufrechterhaltung der, wenn auch kausalen, Einigung zu: Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, in Arch. civ. Pr. 146 S. 49, während er in Arch. civ. Pr. 145 S. 369, 370 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht) die Frage unentschieden läßt.

1.

Gegen die Beibehaltung eines dinglichen Rechtsgeschäfts können folgende Gesichtspunkte geltend gemacht werden:

a) Der hauptsächlichste und am häufigsten angeführte Gesichtspunkt der Gegner des dinglichen Rechtsgeschäfts ist die Tatsache, daß diese Rechtseinrichtung keine Grundlage in den Rechtsanschauungen des Volkes hat und daß sie somit zur Volksfremdheit und Unvolkstümlichkeit des Rechts beitrage. Das dingliche Rechtsgeschäft entspreche auch, wenigstens in der Regel nicht einem natürlichen Lebensvorgang (wie etwa der Verpflichtungsvertrag, dessen gesetzliche Festlegung aus seinem tatsächlichen Vorhandensein im Rechtsleben sich mit Notwendigkeit ergibt), sondern werde umgekehrt nur aus künstlich konstruierten gesetzlichen Vorschriften abgeleitet; in der Regel würden sich die Beteiligten des Vorgangs der dinglichen Einigung sogar nicht einmal bewußt; nur wenn ihr Hervortreten nach außen durch besondere Formvorschriften (wie bei der Auflassung) erzwungen wird, entspreche ihr, aber auch nur deshalb und nicht aus natürlichen Gründen, ein tatsächlicher Vorgang und trete sie daher auch ins Bewußtsein der Beteiligten [1]). Die Unnatürlichkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts trage daher wesentlich zur Volksfremdheit und unnötigen Kompliziertheit des Rechts bei.

b) In engem Zusammenhang mit der Behauptung der Volks- und Lebensfremdheit des dinglichen Rechtsgeschäfts steht der Hinweis auf die durch das dingliche Rechtsgeschäft herbeigeführte, unnötige rechtliche Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Liegenschaftsumsatzes [2]). In

1) Vgl. Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 315/16 und Prot. III S. 3393—3395 (soweit es sich dort allerdings nur um die terminologische Frage der Bezeichnung als „Vertrag" handelt, ist dies eine andere Frage) und Bericht der XII. Reichstagskommission S. 1 (Mugdan Bd. 3, S. 995).

2) Vgl. Prot. III S. 3387 und Wieacker, Bodenrecht, S. 114, der jedoch zugleich auch darauf hinweist, daß diese Trennung in rechtstechnischen Notwendigkeiten ihre Rechtfertigung findet und der natürlichen Anschauung nicht widerspricht.

der Tat sind zur Rechtsänderung (im wirtschaftlichen Sinn) im Bodenrecht rechtlich eine ganze Anzahl verschiedener Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte erforderlich: abgesehen von den praktisch bedeutsamen Vorverhandlungen, die rechtlich allerdings noch ohne Wirkung sind (abgesehen höchstens von einer möglichen Haftung aus culpa in contrahendo) gehören dazu der Abschluß des Verpflichtungsvertrags, das dingliche Rechtsgeschäft, die formellrechtliche Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag, sowie endlich die Grundbucheintragung. Das Bestreben, diese vielgestaltigen Rechtsvorgänge, die letztlich alle auf den gleichen wirtschaftlichen Endzweck gerichtet sind, nach Möglichkeit zu vereinfachen und zu verringern, ist verständlich und naheliegend. Und zwar scheint das dingliche Rechtsgeschäft dabei der am ehesten zu entbehrende Teil zu sein.

c) Der Wegfall eines dinglichen Rechtsgeschäfts hätte ferner den Vorteil, daß schuldrechtlicher Anspruch und sachenrechtliche Herrschaft seltener inhaltlich auseinanderfallen würden als dies im geltenden Recht der Fall ist und damit der rechtstechnisch notwendige Unterschied zwischen Schuld- und Sachenrecht in seinem teilweise unerwünschten Auswirkungen gemildert würde [1]).

Denn wenn die Grundbucheintragung das einzige Erfordernis ist, das zu dem Verpflichtungsgeschäft hinzutreten muß, um die dingliche Rechtsänderung herbeizuführen, wird die dadurch geschaffene neue dingliche Rechtslage in aller Regel mit den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Beziehungen übereinstimmen, da sie dann der einzige rechtsgeschäftliche Bestandteil der Rechtsänderung ist. Die Mängel des Verpflichtungsgeschäftes verhindern auch den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung und eine

1) Dieser Unterschied darf aber nicht zu einem grundsätzlichen Gegensatz gesteigert werden, wie dies Mot. III S. 6/7 tun. Gegen diese überscharfe Trennung beider Rechtsgebiete vgl. O. v. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Seite 281.

auf Grund rechtswirksamen Verpflichtungsgeschäfts vorgenommene Eintragung führt stets die Rechtsänderung herbei. Wenn aber zwischen beide als zweites rechtsgeschäftliches Element noch ein dinglicher Vertrag eingeschoben wird (bzw. ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft), liegt darin eine mögliche rechtliche Fehlerquelle und damit die Gefahr einer ungewollten und unerwünschten Verschiedenheit der schuldrechtlichen Ansprüche und der dinglichen Rechtslage. Ein Mangel des dinglichen Rechtsgeschäfts läßt, und zwar bei kausaler wie bei abstrakter Gestaltung, trotz gültigem Schuldvertrag und Eintragung die Rechtsänderung nicht eintreten, und bei abstrakter Gestaltung führt außerdem ein gültiges dingliches Rechtsgeschäft in Verbindung mit der Eintragung trotz mangelhaftem Rechtsgrund die Rechtsänderung herbei.

Zwar kann dieser Gesichtspunkt auch schon gegen das Eintragungsprinzip angeführt werden; denn wenn mit dem Schuldvertrag allein schon die Rechtsänderung eintritt, ist ein Auseinanderfallen von schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Rechtslage erst recht ausgeschlossen. Wenn man aber das Eintragungsprinzip voraussetzt, was unter I als notwendig erkannt wurde, dann ist jene Gefahr ohne ein dingliches Rechtsgeschäft immer noch erheblich geringer als mit einem solchen. Uebrigens würde auch eine Entscheidung gegen das Eintragungsprinzip nicht unter allen Umständen eine Verhinderung dieser Gefahr bedeuten, nämlich in den Fällen A IV und V.

Es mag noch erwähnt werden, daß dieser Gesichtspunkt nicht etwa auch einen Grund für die formale Rechtskraft der Eintragung darstellt: dort handelt es sich um die Uebereinstimmung zwischen (sachenrechtlicher) Rechtswirklichkeit und Buchbild, hier dagegen um die Uebereinstimmung zwischen schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Rechtswirklichkeit.

2.

Bevor diesen für die Beseitigung des dinglichen Rechtsgeschäfts sprechenden Gründen die für seine Bei-

behaltung anzuführenden gegenübergestellt werden, soll noch eine weitere Gruppe von Gesichtspunkten erwähnt werden, die eine Zwischenstellung zwischen dem Für und Wider einnehmen. Es sind dies Umstände, die zwar scheinbar ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft erforderlich machen, bei genauer Betrachtung aber keinen stichhaltigen Grund dafür darstellen. Sie sind allerdings deshalb auch noch keine Gründe gegen ein dingliches Rechtsgeschäft.

a) Dazu gehört einmal die systematische Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht im System unseres bürgerlichen Rechts. Die Motive und mit ihr ein Teil der Lehre zum Bürgerlichen Recht faßte diese Unterscheidung als eine scharfe und wesensgemäß notwendige Trennung der beiden Sachbereiche auf und folgerte daraus die Notwendigkeit einer ausnahmslos verschiedenen und voneinander unabhängigen rechtlichen Behandlung der beiden Gebiete, wobei für jedes andere Grundsätze maßgebend sein sollten. Dies wurde mit als ein Grund für die Konstruktion eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäftes angesehen, das vom obligatorischen schon aus diesem rechtssystematischen Grund in Ausgestaltung und Wirkung völlig unabhängig sein müsse[1]).

Der Unterschied zwischen Schuld- und Sachenrecht entspringt jedoch weniger einer aus dem Wesen beider Rechtsgebiete mit Notwendigkeit folgenden Gegensätzlichkeit, sondern vielmehr einer vorwiegend auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhenden rechtssystematischen Gliederung (vgl. auch oben 1, c S. 35). Dabei ist ferner zu beachten, daß manche Anzeichen dafür sprechen, diese Unterscheidung werde im künftigen Recht nicht mehr so scharf durchgeführt werden wie im geltenden Recht[2]);

1) Vgl. Mot. S. 6/7; vgl. dagegen u. a. insbesondere Gierke, Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. und d. Deutsche Recht, S. 281.

2) Vgl. z. B. die Genehmigungspflichten, die sich zwar an sich oder in erster Linie auf das obligatorische Geschäft beziehen, dann aber zugleich auch für das dingliche gelten, wie § 33 EHRV und § 2 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung.

außerdem ist überhaupt die Systematik und Dogmatik des BGB für den Aufbau des künftigen deutschen Gemeinrechts nicht maßgebend. Ueberdies zeigen sich sogar im geltenden Recht schon Uebergangerscheinungen und Grenzverwischungen[1]). Auf jeden Fall aber können aus einer solchen rechtssystematischen Unterscheidung, selbst wenn sie in einem wesensmäßigen Unterschied der beiden Rechtsgebiete ihren tieferen Grund hat und daher auch in den Grundzügen beizubehalten sein wird, niemals Schlüsse auf den materiellen Inhalt des Rechts und die Gestaltung von Rechtsregeln gezogen werden.

b) Aehnliches gilt für die Abstraktheit der dinglichen Verfügung. Diese kann zwar insofern einen Grund für die Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts darstellen, als unter der Voraussetzung ihrer Beibehaltung der Wegfall des dinglichen Rechtsgeschäfts zugleich die Aufhebung des Rechtsgeschäftscharakters der dinglichen Verfügung überhaupt bedeuten würde, also der Entscheidung für das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung gleichkäme; da dieses Prinzip aber oben (unter II) abgelehnt wurde, bedeutet das Festhalten an der Abstraktheit zugleich die Beibehaltung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts. Da es jedoch sehr fraglich ist, ob die Abstraktheit der dinglichen Verfügung tatsächlich beibehalten werden soll, ist dies höchstens ein sehr schwacher und praktisch wohl überhaupt entfallender Grund für das dingliche Rechtsgeschäft. Daß umgekehrt die Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts nicht notwendig die Abstraktheit der Verfügung zur Folge hat, wurde schon erwähnt (Einleitung 4).

c) Ferner ist es nur scheinbar richtig, wenn man zugunsten des dinglichen Rechtsgeschäfts vorbringt, die Art eines dinglichen Rechts, über das verfügt wird, könne

1) So das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer hinsichtlich der Neben-, Ersatz- und Gegenansprüche beim Eigentumsherausgabeanspruch; das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder; die Vormerkung.

sich nur nach ihm bestimmen. Zwar ist es der eigentliche und unmittelbare Bestimmungsgrund für die Art des Rechtes, über das verfügt wird. Da sein Inhalt aber häufig wiederum erst aus dem kausalen Geschäft geschlossen werden muß, könnte dieses auch ohne dingliches Rechtsgeschäft, nur in Verbindung mit der Eintragung, eine hinreichend bestimmte dingliche Rechtsänderung bewirken.

Ueberdies ergibt sich der Inhalt der Rechtsänderung auch aus der Grundbucheintragung selbst, oder wenigstens in Verbindung damit aus der Eintragungsbewilligung.

d) Die besondere Form der Einigung im Falle der Eigentumsübertragung, die Auflassung, setzt als solche notwendig die Beibehaltung der Einigung überhaupt voraus. Dies ist aber noch nicht ohne weiteres ein Grund für deren Beibehaltung, sondern wäre dies nur dann, wenn die Notwendigkeit einer über die notarielle Form des Schuldvertrages und die Form der Grundbucheintragung in Verbindung mit der ebenfalls formalisierten Bewilligung hinausgehenden besonderen Feierlichkeits-, Schutz- und Ueberwachungsform der Eigentumsübertragung bei Grundstücken von vornherein feststünde. Dies bedarf aber erst einer näheren Prüfung, die als Formfrage zweckmäßigerweise erst nach Untersuchung der grundsätzlichen Frage der Gestaltung der Uebereignung überhaupt erfolgt.

e) Die dingliche Einigung könnte weiterhin deshalb notwendig erscheinen, weil sie in § 892 Abs. 2 BGB — dessen inhaltliche Aufrechterhaltung wohl als feststehend unterstellt werden kann — als Zeitpunkt für das Vorliegen der Gutgläubigkeitsvoraussetzungen in Frage kommt (nämlich im zweiten Fall des § 892 Abs. 2 BGB). In Wahrheit ist die Einigung hier aber nicht Voraussetzung für die Vorschrift des § 892 Abs. 2, sondern dieser in seiner zweiten Hälfte nur eine Folge des Erfordernisses der Einigung [1]). Die Gutgläubigkeitsvoraussetzungen könn-

1) Vgl. auch Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 325.

fen auch an das Zustandekommen des etwa nachfolgenden Kausalvertrags anknüpfen.

f) Die Einigung erscheint schließlich als Voraussetzung für den Erwerb von Zubehör nach Maßgabe des § 926 BGB. Die in dieser Vorschrift niedergelgte Rechtsfolge könnte aber auch an eine andere Form der Uebereignung anknüpfen, die keine dingliche Einigung enthält[1]).

3.

Im Gegensatz zu diesen ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft nur scheinbar erfordernden Gesichtspunkten gibt es jedoch eine große Anzahl von Gründen, die tatsächlich für die Beibehaltung eines solchen sprechen.

a) Dem unter 1a erwähnten Vorwurf der Lebensfremdheit und Unvolkstümlichkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts kann entgegengehalten werden, daß dieser Gesichtspunkt hier nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. Denn wie schon in der Einleitung (5) ausgeführt wurde, kann die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit aller rechtlichen Regelungen nicht immer im vollen Umfang Verwirklichung finden, sondern muß oft hinter dem höheren Ziel der Lebensnähe und Volkstümlichkeit der Ergebnisse, selbst wenn diese mit Hilfe künstlicher Rechtstechnik erzielt werden, zurücktreten. Dies trifft insbesondere auch für das dingliche Rechtsgeschäft zu. Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß dieses Rechtsgebilde nicht in den im Volke lebendigen Rechtsgrundsätzen und Rechtsanschauungen seine Grundlage hat; aber da es sich hier weder um eine so grundlegende Rechtseinrichtung handelt, daß sie ihre Daseinsberechtigung unmittelbar aus den Volksanschauungen ableiten müßte oder ihrem Wesen und ihrer Bedeutung nach Allgemeinverständlichkeit beanspruchen müßte, sondern da es sich mehr um eine Frage vorwiegend rechtstechnischer Ueberlegungen handelt, kann hier aus den in der Einleitung ange-

1) Vgl. Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 318.

führten Gründen der obengenannte Vorwurf als nicht entscheidend zurückgewiesen werden [1]).

b) Abgesehen davon spricht aber gerade ein aus der natürlichen Lebensanschauung sich ergebender Gesichtspunkt für ein vom Verpflichtungsgeschäft unterschiedenes dingliches Verfügungsgeschäft: die allgemeine Lebenserfahrung und der übliche Sprachgebrauch ergeben ebenso wie eine einfache denkgesetzliche Ueberlegung, daß die Erfüllung einer Verpflichtung oder die Einlösung eines Versprechens etwas anderes und mehr ist als jene Verpflichtung selbst oder die Abgabe jenes Versprechens. Es ist daher nur natürlich und folgerichtig, wenn diese Verpflichtungserfüllung auch rechtlich durch einen besonderen, von der bloßen Eingehung der Verpflichtung unterschiedenen Rechtsvorgang zum Ausdruck kommt. Da die Herbeiführung des durch das Verpflichtungsgeschäft versprochenen Rechtserfolgs sich aber nicht schon ohne weiteres aus den auf das Leistungsversprechen bezüglichen Parteiwillenserklärungen ergibt, sondern gerade in einer neuen Willensbetätigung der Beteiligten besteht, kann dafür der bloße Realakt der Grundbucheintragung nicht genügen, sondern es folgt daraus die Notwendigkeit eines eigenen, lediglich auf den Vollzug der Rechtsänderung als solchen gerichteten Rechtsgeschäfts.

Diese begriffliche Unterscheidung von Verpflichtung und Erfüllung dieser Verpflichtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß es Verfügungen, also unmittelbare Bewirkungen eines Rechtserfolgs, gibt, die nicht auf Grund eines vorausgegangenen Versprechens, einer obligatorischen Verpflichtung, vorgenommen werden; ebensowenig dadurch, daß manche Verpflichtungen sogleich erfüllt werden und Verpflichtung und Verfügung bisweilen zeitlich und bis zu einem gewissen Grade auch tatsächlich (als

1) Vgl. hierzu insbesondere Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht in Arch. civ. Pr. 146 S. 31: „Die Trennung eines einheitlichen Vorgangs ist niemals volkstümlich, sie ist dennoch gerechtfertigt, wenn sie volksnützlich ist".

äußerer Vorgang) so sehr zusammenfallen, daß sie scheinbar ein einheitliches Geschäft darstellen. Es sind dies im Grundstücksrecht insbesondere die Fälle der Verbindung von Schuldvertrag und Auflassung in derselben Urkunde, sowie die Fälle der Hypotheken- oder Grundschuldbestellung ohne vorausgegangene Verpflichtung hierzu[1]). Daß in diesen Fällen beide Geschäfte begrifflich getrennt werden, mag gekünstelt erscheinen; im Regelfall aber entspricht die Trennung (oder besser: Unterscheidung) beider Vorgänge der hier zugrunde gelegten Lebensauffassung, daß das „Halten" oder „Erfüllen" oder „Einlösen" eines Versprechens etwas anderes ist als die Abgabe dieses Versprechens.

Es ist zwar die Möglichkeit denkbar, jene Fälle, in denen die Verpflichtung und ihre Erfüllung tatsächlich und zeitlich zusammenfallen, d. h. eine besondere Verpflichtung entweder überhaupt nicht erst begründet wird oder der typische Inhalt einer bestimmten Verpflichtung nur mittelbar aus der Verfügung geschlossen werden kann, ohne daß diese aber äußerlich besonders in Erscheinung tritt, rechtlich anders zu behandeln als die Regelfälle. Es ist jedoch sehr fraglich, ob eine solche Trennung der rechtlichen Behandlung beider Fälle das damit verbundene Opfer an Rechtsklarheit und Uebersichtlichkeit der gesetzlichen Regelung rechtfertigen kann; vielmehr erscheint es angezeigt, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (denn die Fälle werden nicht immer eindeutig voneinander geschieden werden können, sondern es werden Uebergänge vorkommen; z. B.: sehr kurze zeitliche Aufeinanderfolge von Versprechen und dessen Erfüllung oder tatsächlich reine Verfügung unter Gebrauch von Worten, die gleichzeitig oder eigentlich eine Verpflichtung andeuten) ein Opfer an unmittelbarer Allgemeinverständlichkeit und vollkommener Lebensechtheit zu bringen. Allerdings kann

1) Die Fälle des § 313 S. 2 und § 518 Abs. 2 BGB gehören hierher nicht, da bei ihnen ein gesondertes Verpflichtungsgeschäft vorausgeht, nur daß es der vorgeschriebenen Form ermangelt.

diese Frage mit Hilfe dieser Teilbetrachtung allein nicht endgültig entschieden werden.

c) Aus verschiedenen Gründen ist es wünschenswert, die Vornahme der Verfügung zeitlich von der Verpflichtung hierzu zu trennen. Eine zeitliche Trennung beider Rechtswirkungen ist aber nur möglich, wenn sie auch tatsächlich, als äußere Vorgänge getrennt sind oder wenigstens trennbar sind. Die diese zeitliche Trennung oder Trennbarkeit bedingenden Gründe erfordern aber auch die Möglichkeit einer nachträglichen Festlegung des Verfügungszeitpunktes durch die Beteiligten, als ein neues, von der Verpflichtung unterschiedenes Verfügungsrechtsgeschäft; nicht aber genügt es, wenn die Verfügung der Verpflichtung zwar zeitlich nachfolgt, aber ihr Zeitpunkt nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts von den beteiligten Parteien nicht mehr beeinflußt werden kann. Dem Erfordernis der zeitlichen Trennbarkeit beider Rechtswirkungen wird also durch die zu dem Verpflichtungsgeschäft hinzukommende Grundbucheintragung allein nicht entsprochen, sondern nur durch ein vom Verpflichtungsgeschäft unterschiedenes Verfügungsrechtsgeschäft.

Die Gründe, die die Möglichkeit einer zeitlich getrennten Vornahme beider Rechtshandlungen angezeigt erscheinen lassen, sind folgende: Abwarten des Eintritts oder Nicht-Eintritts einer Bedingung, von der die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts abhängig gemacht ist; Abwarten der Erfüllung sonstiger Nebenabreden bzw. Möglichkeit der Nichtvornahme des dinglichen Vollzugsgeschäftes bei Nichterfüllung dieser Nebenabreden; Abwarten des Erbringens einer Gegenleistung[1]); Einholung von behördlichen Genehmigungen[2]); Möglichkeit der nachträglichen Besprechung und Vereinbarung nebensächlicher

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung S. 56.

2) Solche sind nahezu bei jeder dinglichen Verfügung über Grundstücke oder Grundstücksrechte erforderlich; ihre praktische Bedeutung ist daher besonders groß. Vgl. die Zusammenstellung aller dieser Veräußerungs-, Belastungs-, Erwerbs-, Teilungs- usw. Genehmigungen bei Spreckelsen in D. J. 1939, S. 1061 ff. (96 Fälle!)

Einzelheiten des dinglichen Vollzugs bei sofortiger Herbeiführung der (schuldrechtlichen) Bindung, z. B.: Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts über ein zwar im wesentlichen bestimmbares, aber noch nicht genau vermessenes Grundstück (etwa bei Abveräußerung einer Teilfläche); das Verfügungsgeschäft setzt dagegen Durchführung der katastermäßigen Vermessung voraus.

Der Erfolg der zeitlichen Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungswirkung kann nicht etwa auch dadurch erreicht werden, daß in das Verpflichtungsgeschäft eine dinglich wirkende Nebenabrede aufgenommen wird, die den Zeitpunkt des Eintritts der Verfügungswirkung festlegt; denn eine solche Nebenabrede würde diesem Rechtsgeschäft die Eigenschaft als ausschließliches Verpflichtungsgeschäft nehmen und eben doch ein besonderes Verfügungsgeschäft entstehen lassen, das allerdings in diesem Falle äußerlich mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammenfiele.

d) Es kann zweckmäßig sein, für die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung andere rechtliche Voraussetzungen aufzustellen als für die Erfüllung dieser Verpflichtung. Eine solche Verschiedenheit der Rechtswirksamkeitsvoraussetzungen wird naturgemäß auch eine rechtliche Trennung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts selbst zur Folge haben.

Es ist zwar denkbar, daß trotz verschiedener Voraussetzungen für den Eintritt jeder der beiden Rechtswirkungen beide durch ein Rechtsgeschäft herbeigeführt werden, also eine äußere Einheit bilden und nur als ein Rechtsvorgang in Erscheinung treten; wenn nur die Voraussetzungen für eine der beiden Rechtswirkungen erfüllt sind, würde demgemäß nur diese allein eintreten. Z. B.: jemand ist verpflichtungs-, aber nicht verfügungsfähig; schließt er (selbständig) einen Kaufvertrag ab, so ist dieser für ihn bindend, aber das Eigentum geht nicht über; der Mangel wird geheilt, wenn er mit entsprechender Genehmigung einen neuen „Kaufvertrag“ desselben Inhalts ab-

schließt. Trotz der Möglichkeit einer solchen Regelung wird es aber doch naheliegender und zweckmäßiger sein, wenn man schon Verpflichtung und Verfügung rechtlich verschieden behandeln will, dies auch dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß man beide Geschäfte auch als solche rechtlich unterscheidet. Dies schließt andererseits wieder nicht aus, daß sie in vielen Fällen tatsächlich in einem Vorgang (wenigstens teilweise) zusammenfallen können.

Ob allerdings Unterschiede in der Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit, wie z. B. nach geltendem Recht bei der Ehefrau im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung hinsichtlich des eingebrachten Guts im künftigen Recht aufrecht erhalten werden sollen, wird besonders sorgfältig zu prüfen sein (was hier als über den Rahmen der Arbeit hinausgehend unterlassen wird). Abgesehen davon kommen aber als Verschiedenheiten in den rechtlichen Voraussetzungen der Verpflichtung einerseits und der Verfügung andererseits auch Formvorschriften in Frage.

e) Ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft ermöglicht eine von den schuldrechtlichen Abmachungen abweichende inhaltliche Ausgestaltung der dinglichen Rechtsänderung. Allerdings kann eine solche Abweichung in diesem Rahmen nur eine teilweise und nur eine solche in Nebenpunkten sein, da sonst das betreffende obligatorische Rechtsgeschäft nicht mehr als gerade dieser dinglichen Rechtsänderung zugrundeliegend angesehen werden kann; auch werden stets die ursprünglichen schuldrechtlichen Abreden wiederum durch solche abgeändert werden müssen, nur daß dies dann auch in vereinfachter Form oder stillschweigend geschehen könnte. Praktische Bedeutung würde eine solche durch die Trennung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts ermöglichte Abweichung vor allem dann gewinnen, wenn eine dem § 313 S. 2 BGB entsprechende Vorschrift beibehalten wird (was angenommen werden kann). Im Falle nur geringfügiger inhaltlicher Abwei-

chungen hebt hier auch § 2 der Auflassungsordnung die Bedeutung jener Vorschrift nicht auf.

Den Hauptfall einer inhaltlichen Abweichung des Verfügungsgeschäfts vom Verpflichtungsgeschäft bildet eine nur dem einen von beiden beigefügte Bedingung oder Befristung. Da darin aber weniger eine Verschiedenheit des eigentlichen Inhalts, als eine ganz bestimmte, von vornherein gewollte Besonderheit eines dieser beiden Geschäfte liegt, kann dieser Gesichtspunkt besonders hervorgehoben werden:

f) Soll nur die dingliche Rechtsänderung, nicht aber das ihr zugrundeliegende obligatorische Geschäft bedingt oder befristet sein oder umgekehrt nur dieses, nicht aber jene, so läßt sich dies nur durch Ausgestaltung der dinglichen Verfügung zu einem eigenen, vom obligatorischen verschiedenen Rechtsgeschäft erreichen.

Denn wenn die dingliche Rechtsänderung überhaupt bedingt oder befristet sein soll, muß sie notwendig die Eigenschaft eines Rechtsgeschäft haben oder wenigstens ein solches mit enthalten, da ein Realakt als solcher nicht bedingt oder befristet sein kann. Wenn nun die Bedingung oder Befristung der Verfügung in gleicher Weise das schuldrechtliche Grundgeschäft ergreifen soll, ist es wohl möglich, beide Rechtsvorgänge durch ein einziges Rechtsgeschäft eintreten zu lassen. Wenn aber nur die eine der beiden Rechtswirkungen (die schuldrechtliche oder die sachenrechtliche) von der Bedingung oder Befristung erfaßt werden soll oder jede von beiden von einer anderen Bedingung oder Befristung, so ist dies nur möglich, wenn jede für sich durch ein besonderes Rechtsgeschäft herbeigeführt wird.

Diese Schwierigkeit kann auch nicht dadurch behoben werden, daß, wie Krause[1]) vorschlägt, in das obligatorische Geschäft eine entsprechende Abrede aufgenommen wird, daß die auf Grund dieses Geschäftes eintretende dingliche Rechtsänderung unter einer bestimmten, von den

1) Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145 S. 321.

schuldrechtlichen Vereinbarungen unabhängigen Bedingung oder Befristung eintreten soll. Dies würde in Wahrheit wieder eine Trennung der beiden Rechtsbestände bedeuten, die nur äußerlich miteinander verbunden wären; denn die Aufnahme nur einer dinglich, nicht aber obligatorisch (oder umgekehrt) wirkenden Abrede in einen Vertrag nimmt diesem eben den Charakrer als einheitliches obligatorische und dingliche Wirkungen gleichermaßen herbeiführenden Rechtsgeschäfts. Wenn man es also als notwendig erkannt hat, die Bedingung auf die Verfügung (oder auf die Verpflichtung) beschränken zu können, zeigt dies auch die Notwendigkeit eines besonderen Verfügungsgeschäfts; bei grundsätzlicher Ablehnung eines solchen ergäbe sich daraus die Unmöglichkeit einer Beschränkung der Bedingung auf eine der beiden Rechtswirkungen. Der an sich denkbare Ausweg, eine Trennung beider Rechtsgeschäfte nur dann vorzuschreiben, wenn nur das eine oder das andere für sich allein, oder zwar beide, aber jedes auf andere Weise, bedingt oder befristet sein soll, nicht aber in den übrigen Fällen, ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wohl nicht angängig. Wenn auch die Auflassung bedingungs- und befristungsfeindlich ist (und auch bleiben soll: vgl. unten Abschnitt VII, 1 B III 2), so ist doch bei den anderen dinglichen Verfügungsgeschäften (insbesondere der Hypothekenbestellung) die Einfügung einer Bedingung zweckmäßig und erforderlich, und zwar insbesondere auch unter Beschränkung auf die sachenrechtliche Wirkung[1]).

Auch kann es umgekehrt den Bedürfnissen der Beteiligten entsprechen, nur das Verpflichtungs-, nicht aber das Verfügungsgeschäft bedingt oder befristet abzuschließen (hier auch einschließlich des Falles der Eigentumsübertragung), so z. B. wenn die (unbedingte) Vornahme des sachenrechtlichen Geschäftes aufgeschoben werden soll, bis die an das schuldrechtliche Geschäft geknüpften Bedingungen eingetreten sind bzw. ihr Nichteintritt feststeht.

1) Z. B. Bestellung einer Ausfallhypothek.

Schließlich ist zu bedenken, daß in vielen Fällen überhaupt kein obligatorisches Rechtsgeschäft als Grundlage der Rechtsänderung vorliegt, sondern an seiner Stelle nur ein rechtsgeschäftsähnlicher oder gesetzlicher obligatorischer Rechtsgrund. Hier könnte bei Ablehnung eines besonderen Verfügungsgeschäfts die Verfügung überhaupt nicht bedingt oder befristet vorgenommen werden.

g) Aehnliches wie für die Bedingung oder Befristung gilt für die Stellvertretung. Auch sie setzt stets ein Rechtsgeschäft voraus. Wenn daher die dingliche Verfügung durch Stellvertreter vorgenommen werden soll, während die schuldrechtliche Verpflichtung von den Beteiligten selbst eingegangen wurde oder kein Rechtsgeschäft enthält oder wenn bei jedem der beiden Geschäfte (dem schuldrechtlichen und dem dinglichen) verschiedene Stellvertreter auftreten sollen, so zeigt auch dies die Notwendigkeit eines besonderen, sich nur auf die dingliche Verfügung beziehenden Rechtsgeschäfts.

Die Ersatzmittel für die Stellvertretung im Fahrnissachenrecht (Besitzmittlung und Besitzdienerschaft) scheiden im Bodenrecht von vornherein aus.

h) Besondere Beachtung verdient der Gesichtspunkt der Sicherung gegen unfreiwilligen Rechtsverlust. Es ist ein unbedingt anzuerkennender Rechtsgrundsatz, daß niemand ohne oder gegen seinen Willen ein Recht verlieren soll, abgesehen von Rechtsentziehungen oder -beschränkungen im Interesse des Gemeinwohls.

Diesem Grundsatz dient aber schon die rechtsgeschäftliche Natur des obligatorischen Verpflichtungsgeschäfts. Es erscheint daher fraglich, ob die Berücksichtigung des Willens zur Rechtsänderung darüber hinaus auch noch durch rechtsgeschäftliche Ausgestaltung der auf dieser Grundlage vorgenommenen dinglichen Verfügung zur Verwirklichung jenes Grundsatzes erforderlich ist. Die Gegner des dinglichen Rechtsgeschäfts halten eine Beschränkung des Rechtsgeschäftscharakters auf das obligatorische Geschäft oder aber einen Ersatz der Rechts-

geschäftsnatur der Verfügung durch die Eintragungsbewilligung für ausreichend [1]).

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß durchaus nicht in allen Fällen ein obligatorisches Rechtsgeschäft Grundlage der dinglichen Rechtsänderung ist, sondern in vielen Fällen auch ein gesetzliches oder nur rechtsgeschäftsähnliches (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag) Schuldverhältnis; hier fehlt dann die willentliche Mitwirkung des durch die Rechtsänderung Betroffenen bei dieser selbst. Auch wenn man in diesen Fällen, insbesondere bei unerlaubter Handlung oder Geschäftsanmaßung (§ 687 Abs. 2 BGB) ein schutzwürdiges Interesse des aus einem dieser Gründe zur Vornahme einer dinglichen Rechtsänderung Verpflichteten an der Einschaltung seiner darauf gerichteten Willensbestätigung verneint, wird man doch zugeben müssen, daß es eine erhebliche Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit verursachen würde, wenn unmittelbar mit der Ausübung der unerlaubten Handlung oder mit der bewußt unberechtigten Geschäftsführung — also reinen Tathandlungen, deren genauer Zeitpunkt sich vielfach überhaupt nicht mit Sicherheit bestimmen lassen wird — schon alle materiellrechtlichen Erfordernisse der Rechtsänderung, außer der Eintragung, vorliegen sollten. Die Einschaltung irgend eines rechtsgeschäftlichen Elements in den gesamten Rechtsänderungsvorgang erscheint außerdem auch schon aus grundsätzlichen Erwägungen geboten (vgl. II, 2d). Den Interessen der durch eine unerlaubte Handlung oder eine Geschäftsanmaßung Geschädigten wird durch die Möglichkeit, die dingliche Willenserklärung des gesetzlich dazu Verpflichteten auf dem Weg über § 894 ZPO zu erzwingen, vollauf entsprochen.

Auch ein Ersatz der materiellrechtlichen Rechtsänderungserklärung durch die nur formellrechtliche Bewilligungserklärung erscheint ungenügend, da sie als formellrechtliche

1) Siehe Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145 S. 320 und vgl. auch Lange in Arch. civ. Pr. 145 S. 369 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht).

Erklärung ja auf die Rechtsänderung als solche ohne unmittelbaren Einfluß ist und gerade der Mangel des unmittelbar auf die Rechtsänderung gerichteten Willens ersetzt werden sollte. Insbesondere würde damit bei gesetzlicher causa der genaue Zeitpunkt der materiellen Rechtsänderungsbetätigung nicht klargestellt werden.

Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der Betroffene nicht nur gegen unfreiwilligen Rechtsverlust überhaupt, sondern auch gegen vorzeitigen oder von seinem Willen teilweise abweichenden Rechtsverlust geschützt werden soll. Dies ist aber nicht möglich, wenn sein Rechtsänderungswille über das schuldrechtliche Geschäft hinaus keinen rechtserheblichen Ausdruck findet.

In den Fällen allerdings, in denen die obligatorische Grundlage der Rechtsänderung ein Rechtsgeschäft bildet, wäre die Ausschaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts, von dem zuletzt angeführten Gesichtspunkt abgesehen, ohne Gefahr für das Interesse des Betroffenen an dem Schutz gegen unfreiwilligen Rechtsverlust immerhin möglich. Wenn aber in manchen anderen Fällen, auch wenn diese weniger häufig sind, ein dingliches Rechtsgeschäft doch nicht zu umgehen ist, erscheint es zweckmäßig, die eine Fallgruppe deshalb rechtlich nicht anders zu behandeln, als die andere, sondern um der Rechtsklarheit und Rechtseinfachheit und infolgedessen auch leichteren Verständlichkeit der Rechtsordnung willen das in manchen Fällen dinglicher Rechtsänderung nicht entbehrliche dingliche Rechtsgeschäft auf alle Fälle auszudehnen, auch wenn seine Aufgaben im einzelnen Fall schon von dem Verpflichtungsgeschäft erfüllt werden können. Die teilweise Beibehaltung und teilweise Beseitigung des dinglichen Rechtsgeschäfts würde zu einer unnötigen und unerwünschten Verwicklung der gesetzlichen Regelung führen.

Es sei noch bemerkt, daß hier nur die Frage des Schutzes des Betroffenen vor unfreiwilligem Rechtsverlust behandelt wurde, da sich nur dies auf Beibehaltung eines dinglichen Rechtsgeschäfts überhaupt bezieht. Der Schutz

des Begünstigten gegen ungewollten Rechtserwerb ist eine Frage der Ein- oder Zweiseitigkeit des als notwendig erkannten dinglichen Rechtsgeschäfts; hiervon handelt Abschnitt IV.

i) Bei Beibehaltung einer dem § 313 S. 2 BGB entsprechenden Vorschrift im künftigen Recht ist auch ein besonderes Verfügungsgeschäft nötig, da eine Heilung der Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts lediglich durch die Eintragung zu leicht eine Umgehung dieser Formvorschriften ermöglichte und damit nur einen unzureichenden Schutz für den Bodeneigentümer böte. Auch könnte nicht etwa dadurch ein genügender Schutz des Veräußerers erreicht werden, daß — in Anlehnung an § 2 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34 — die Eintragung von der Vorlage eines formgerechten Schuldvertrages abhängig gemacht würde, da dessen Nachprüfung das Grundbuchamt zu sehr belasten würde.

Freilich setzt diese Heilungsmöglichkeit der Formverletzung des schuldrechtlichen Geschäfts durch das dingliche neben der Eintragung eine besondere Form dieses dinglichen Geschäfts voraus, wie im geltenden Recht die der Auflassung. Diese Heilungsfunktion ist also nicht nur eine solche des dinglichen Rechtsgeschäfts als solchem, sondern zugleich und besonders eine solche seiner Schutzform. Die Frage der Form des dinglichen Rechtsgeschäfts und die damit zusammenhängenden Fragen werden unten in Abschnitt VII dargestellt. Für die hier zu treffende Entscheidung über die Beibehaltung eines dinglichen Rechtsgeschäfts überhaupt ist trotzdem die obige Feststellung insofern von Bedeutung, als eine besondere Form des dinglichen Rechtsgeschäfts eben zunächst das Vorhandensein eines solchen überhaupt zur denkgesetzlichen Voraussetzung hat.

k) Die Angriffe gegen das dingliche Rechtsgeschäft werden zum Teil damit begründet, daß der Einigung wegen ihrer jederzeitigen beliebigen Widerruflichkeit keine große praktische Bedeutung zukomme, richten sich also

insbesondere gegen die nicht bindende (widerrufliche) Einigung[1]) oder aber gegen die Unterscheidung einer bindenden und nichtbindenden Einigung an sich[2]). Es ist zuzugeben, daß ein Vertrag, der von jedem Teil jederzeit frei widerrufen werden kann, ein überflüssiges Gebilde ist, das außerdem infolge seiner nur labilen Wirksamkeit die Rechtssicherheit gefährden kann. Sobald die Einigung jedoch bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB) vermag sie die im Vorausgegangenen erkannten Funktionen mit weit größerer Sicherheit und Vollkommenheit zu erfüllen. Viele gegen die Einigung vorgebrachte Gründe, insbesondere die auf ihre Lebensfremdheit, praktische Bedeutungslosigkeit und die durch sie bewirkte unnötige Komplizierung der gesetzlichen Regelung hinweisenden, richten sich am stärksten gegen die widerrufliche Einigung. Sie geben daher auch aus diesem Grunde keine Veranlassung zur Beseitigung der Einigung überhaupt, sondern vielmehr nur zur Beseitigung der lebensfremden und überflüssigen Unterscheidung zwischen widerruflicher und bindender Einigung und zwar in dem Sinn, daß die Einigung in allen Fällen schon mit ihrem, evtl. zu formalisierenden (darüber siehe unten) Abschluß, ohne daß noch besondere weitere Voraussetzungen hinzukommen müssten, bindende Kraft hat, d. h. ein nachträglicher Widerruf eines Teils rechtlich unbeachtlich ist[3]). Eine Verfügungsbeschränkung braucht damit ebensowenig verbunden zu sein wie nach herrschender und richtiger Ansicht im geltenden Recht mit der bindenden Einigung.

l) Wenn gegen das dingliche Rechtsgeschäft ferner die rechtliche Kompliziertheit der gesamten zu einer dinglichen Rechtsänderung überhaupt nötigen Rechtsvorgänge geltend gemacht wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß

1) Vgl. Krause, Das Einigungsprinzip . . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 316.

2) Lange, in Arch. f. civ. Pr. 145 S. 370 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht).

3) Siehe auch Lange, in Arch. civ. Pr. 145 S. 370 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht).

jene rechtliche Kompliziertheit zum großen Teil nur eine scheinbare ist, nämlich insofern, als in manchen Fällen, in denen ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft keinen gesonderten äußeren Ausdruck findet und zu finden braucht und daher seine trotzdem behauptete theoretische Existenz überflüssig und gekünstelt erscheint, diese theoretische Existenz praktisch nicht störend wirkt oder wenigstens für die Beteiligten keine nennenswerten Unannehmlichkeiten oder Schwierigkeiten oder gar rechtliche oder auch nur wirtschaftliche Nachteile zur Folge hat, sondern tatsächlich der Rechtsvorgang so einfach wie möglich gestaltet wird. Dies geschieht z. B. dadurch, daß aus einer Abrede, wonach eine Partei der anderen eine Hypothek bestellt, sowohl das schuldrechtliche wie das dingliche Rechtsgeschäft durch Auslegung entnommen werden kann; oder wenn für das dingliche Geschäft eine gesonderte Vornahme oder öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist (und auch das wird nur dann der Fall sein, wenn gerade hierfür noch besondere Gründe gegeben sind, wie z. B. bei der Auflassung), dadurch, daß diese mit der schuldrechtlichen Vereinbarung in einer Urkunde verbunden und das dingliche Rechtsgeschäft nur als besonderer Punkt dieser an- oder eingefügt wird. In den Fällen aber, in denen auch nach außen eine Verselbständigung des besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts stattfinden muß, ist dies durch entsprechende besondere Umstände und Gründe gerechtfertigt (insbesondere z. B. wenn ein obligatorisches Rechtsgeschäft überhaupt fehlt, wie etwa bei gesetzlicher causa).

Freilich wäre dieser Gesichtspunkt allein kein Grund für die Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts, sondern es wird damit nur ein gegen es sprechendes Argument widerlegt. Erst deshalb, weil das dingliche Rechtsgeschäft die oben dargelegten wichtigen Funktionen zu erfüllen hat, gewinnt auch diese Erwägung Bedeutung für seine Beibehaltung.

4.

Eine Zusammenfassung des bisher Gesagten ergibt, daß die für ein eigenes dingliches Rechtsgeschäft sprechenden Gründe die dagegen geltend zu machenden bei weitem überwiegen und zurückdrängen. Wenn auch manche Umstände, die zunächst gleichfalls ein dingliches Rechtsgeschäft nötig erscheinen lassen, sich nicht als Begründung hierfür aufrecht erhalten lassen, so ändert dies doch nichts an der Bedeutung der übrigen Gründe, die in Wahrheit zur Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts führen müssen.

Wir können also als Endergebnis dieser Teiluntersuchung die Notwendigkeit eines besonderen, d. h. vom obligatorischen unterschiedenen dinglichen Rechtsgeschäfts feststellen.

## IV. Soll das dingliche Rechtsgeschäft einseitig oder zweiseitig sein?

Wie schon in der Vorbemerkung zu Abschnitt III angedeutet wurde, ist in der Untersuchung über die Notwendigkeit eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts überhaupt noch nicht die Entscheidung für oder gegen seine Vertragsnatur enthalten. Es bedarf also noch einer besonderen Prüfung, ob dieses dingliche Rechtsgeschäft notwendig zweiseitig sein, d. h. einen Vertrag zwischen Betroffenen und Begünstigten darstellen muß, oder ob auch ein nur einseitiges dingliches Rechtsgeschäft (des Betroffenen) den an das dingliche Rechtsgeschäft überhaupt zu stellenden Anforderungen genügen kann.

1.

Für die Einseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts sprechen die Gesichtspunkte der Einfachheit, der gesetzlichen Regelung und der Erleichterung des Rechtsverkehrs, sowie die Erwägung, daß der, zu dessen Gunsten eine Verfügung getroffen wird, in der Regel mit dem für ihn dadurch bewirkten Rechtsvorteil einverstanden sein wird

und es daher überflüssig erscheint, daß dieses Einverständnis einen besonderen rechtsgeschäftlichen Ausdruck, gleich dem des durch die Verfügung Betroffenen, finden müsse.

2.

a) Wenn auch das Einverständnis des durch die dingliche Verfügung Begünstigten (oder zu Begünstigenden) mit seinem Rechtserwerb in der Regel angenommen werden kann, so wird es doch nicht ausnahmslos für alle Fälle ohne weiteres zutreffen. In den Fällen aber, wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, ist ihm ebenso wie dem Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse an der Verhinderung einer ohne oder gegen seinen Willen eintretenden Rechtsänderung zuzubilligen. Denn nach unserer Auffassung vom Wesen des Rechts und der rechtlichen Befugnisse birgt jedes Recht zugleich Pflichten in sich, die vor allem beim Eigentum als dem stärksten und bedeutendsten dinglichen Recht besonders deutlich hervortreten[1]) Es gibt nun freilich Fälle, in denen jemand im öffentlichen Interesse ein Recht und infolgedessen auch die damit verbundenen Pflichten übernehmen muß, ebenso wie jedem im öffentlichen Interesse Rechte entzogen und Pflichten ohne Rechte auferlegt werden können. Dies ist aber auf die Fälle überwiegender Belange des Gemeinwohls beschränkt und wird auch stets auf diese Fälle beschränkt bleiben müssen. Auf dem Gebiet der rechtlichen Gleichordnung der am Rechtsverkehr beteiligten Volksgenossen und im Rahmen der ihnen von der Rechtsordnung überlassenen und übertragenen Selbstverantwortung ist der Grundsatz aufrecht zu erhalten, daß niemandem ohne oder gegen seinen Willen ein Recht aufgedrängt werden kann[2])[3]).

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung, S. 50.

2) Ebenso RG Bd. 142 S. 256; Mot. S. 138 und 160.

3) Daß derjenige, der auf Grund seines freien rechtsgeschäftlichen Willensentschlusses ein Recht, hier insbesondere das Eigentum an Grund und Boden, erworben hat, die mit diesem verbundenen öffentlichrechtlichen Pflichten dann auch ohne seinen besonders hierauf gerichteten Willen oder sogar gegen seinen Willen erfüllen muß, ist eine andere Frage.

Dies gilt nicht etwa nur für das Eigentum, sondern auch der Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechts ohne den Willen des Berechtigten kann dessen Belangen widersprechen. Es ist also stets nicht nur der Verfügende gegen unfreiwilligen Rechtsverlust, sondern auch der Erwerber gegen unfreiwilligen Rechtserwerb zu schützen. Dieser Schutz kann aber wirksam nur dadurch gewährleistet werden, daß zum Rechtserwerb eine den hierauf gerichteten Willen enthaltende rechtsgeschäftliche Willenserklärung erforderlich ist.

b) Man könnte den in dem obligatorischen Vertrag, der die Grundlage der dinglichen Rechtsänderung bildet, zum Ausdruck kommenden Willen des Erwerbers schon als genügenden Schutz gegen unerwünschten Rechtserwerb ansehen. Es gilt hierfür Aehnliches wie unter III, 3h für den Schutz des Verfügenden gegen unfreiwilligen Rechtsverlust ausgeführt wurde:

aa) Einmal können nach Abschluß des obligatorischen Vertrags Umstände eintreten, die einen Rechtserwerb auf dieser Grundlage, vielleicht sogar trotz gewolltem Fortbestehen der Bindung an jenen, unerwünscht erscheinen lassen, sei es, weil der Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs aufgeschoben werden soll, wofür verschiedene Gründe denkbar sind, sei es, weil infolge in der Zwischenzeit eingetretener Veränderung der tatsächlichen Vertragsgrundlagen oder der den Vollzug beeinflussenden Umstände eine teilweise Abänderung des Vertrags erfolgen, bzw. die Verfügung von der ursprünglichen Verpflichtung teilweise abweichen soll.

bb) Ferner gibt es Fälle, in denen jemand einem anderen ein dingliches Recht zuwendet, ohne daß eine dementsprechende Abrede vorausgegangen ist. So wenn jemand, um einen gewünschten Kredit umso sicherer zu bekommen, dem künftigen Kreditgeber schon vor dessen Einverständnis mit der Kreditbewilligung oder sogar schon vor dessen Kenntnis des Kreditersuchens überhaupt ein nicht akzessorisches Grundpfandrecht bestellt (da bei der

Hypothek zur Entstehung als Fremdhypothek noch das Bestehen der Forderung hinzukommen muß, kann bei ihr der Mitwirkungswille des Erwerbers schon durch die Auszahlung des Geldbetrags offenbar werden) und hierzu nur eine einseitige Willenserklärung des Grundstückseigentümers erforderlich wäre, so wäre hier mangels eines vorausgegangenen obligatorischen Vertrags jede rechtsgeschäftliche Beteiligung des Erwerbers umgangen. Es bliebe ihm nur übrig, nach Kenntnis von dem Rechtsanfall, wenn er mit diesem nicht einverstanden ist, eine Verzichtserklärung abzugeben und damit den Erwerb, aber nur ex nunc, wieder zu beseitigen. Auch wäre er hierzu dem Eigentümer gegenüber im Fall der Verweigerung des Kredits aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Aber auch die Auferlegung dieser Pflicht zu einer rechtsgeschäftlichen Betätigung, für die er keinerlei Anlaß gegeben hat, wäre unbillig.

Auf die Unannehmlichkeiten, die für den Eigentümer in einem solchen Fall entstehen können, wenn der Gläubiger bei Verweigerung des Kredits das Grundpfandrecht an einen gutgläubigen Erwerber abtritt, soll hier nur hingewiesen werden.

Daß die Einverständniserklärung des durch eine Rechtsänderung Begünstigten erst nach der Erklärung des Betroffenen, insbesondere auch erst nach der Eintragung wirksam erfolgen kann, was bei den genannten Fällen einer vorzeitigen Bewilligung zum Zweck einer Erreichung eines Kredits einem praktischen Bedürfnis entspricht, wird durch die Forderung nach der Notwendigkeit eine Erklärung des Begünstigten überhaupt natürlich nicht berührt.

Ein anderer Fall einer dinglichen Zuwendung ohne vorausgegangene schuldrechtliche Vereinbarung ist der der Schenkung durch sofortigen Vollzug. Zwar wird dieser Fall im Bodenrecht wesentlich seltener sein als im Fahrnisrecht, er ist jedoch auch hier denkbar und es könnte dadurch, wenn eine dingliche Einverständniserklärung des

Begünstigten nicht erforderlich wäre, auch die Vorschrift umgangen werden, daß die Schenkung als Schuldvertrag der Annahme bedarf.

Diese beiden Gesichtspunkte gelten allerdings uneingeschränkt nur bei abstrakter Verfügung. Aber auch bei kausaler kann der ohne seinen Willen als Berechtigter im Grundbuch Eingetragene schon durch diesen, wenn auch in diesem Fall unrichtigen Grundbucheintrag benachteiligt sein, selbst wenn die Benachteiligung nur in den zur Beseitigung dieser Eintragung erforderlichen Mitwirkungshandlungen bestehen sollte. Abgesehen davon ist aber auch die dadurch erhöhte Gefahr der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu berücksichtigen.

cc) Vor allem aber rechtfertigen die Fälle eine besondere dingliche Willenserklärung des durch eine Rechtsänderung Begünstigten, in denen die Kausalgrundlage der Rechtsänderung überhaupt nicht in einem Vertrag besteht, sondern in einem rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Rechtsgrund, wie Geschäftsführung ohne Auftrag, Geschäftsanmaßung, ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung. Hier würde andernfalls jegliche rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Erwerbers fehlen[1]). Auch fällt hier noch der bei den entsprechenden Ausführungen über den Schutz des durch die Rechtsänderung Betroffenen (III, 3h) angeführte Grund einer mangelnden Schutzwürdigkeit bei unerlaubter Handlung oder Geschäftsanmaßung weg.

c) Abgesehen von der Frage des Schutzes gegen unfreiwilligen Rechtserwerb in grundsätzlicher Hinsicht sprechen noch einige weitere, besondere Gründe für die Zweiseitigkeit (Vertragsnatur) des dinglichen Rechtsgeschäfts.

Wie oben (III, 3f, S. 57 ff.) ausgeführt wurde, ist das Bedürfnis, entweder nur die dingliche Rechtsänderung selbst oder nur die Verpflichtung hierzu von einer Bedingung oder Befristung abhängig zu machen oder jede der beiden

1) Dies gibt auch Krause, a.a.O. (S. 321 und 324) zu.

Rechtswirkungen von einer anderen Bedingung oder Befristung, mit ein Grund für die Einfügung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts in den Rechtsänderungsvorgang. Würde sich dieses aber in einer einseitigen Willenserklärung des Verfügenden erschöpfen, so hätte nur dieser die Möglichkeit, eine solche Nebenbestimmung zu treffen, nicht aber der Erwerber, für den diese Möglichkeit aber gleichermaßen als zweckmäßig und notwendig anzuerkennen ist. Zwar wäre andernfalls eine nur von dem Betroffenen aufgestellte Bedingung oder Befristung der Rechtsänderung auch für den Erwerber wirksam und es könnten so auch, etwa auf Grund enteprechender obligatorischer Verpflichtungen, vom Betroffenen einseitig derartige Nebenbestimmungen festgesetzt werden, die nur für den Erwerber günstig sind; aber dessen rechtsgeschäftliche Mitwirkung bei der Festsetzung einer nur dinglich wirkenden Bedingung oder Befristung wäre nicht möglich [1]). Er hätte keine Gewähr dafür, daß der andere Teil die Verfügung auch wirklich nur unter der vereinbarten Bedingung oder Befristung vornimmt; wenn die dingliche Rechtsänderung ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Erwerbers bei ihr vollzogen werden könnte, könnte der andere Teil seine dahingehenden Verpflichtungen umgehen. Den Belangen des Erwerbers wird also auch aus diesem Grunde nur die Ausgestaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts zu einem Vertrag gerecht.

d) Desgleichen erfordert eine Stellvertretung des Erwerbers beim Vollzug einer dinglichen Rechtsänderung dann einen dinglichen Vertrag (und nicht etwa nur ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft oder gar nur eine formellrechtliche Bewilligungserklärung des Betroffenen), wenn sich die Vertretung nicht auch auf das obligatorische Geschäft beziehen soll oder diese kein Rechtsgeschäft enthält.

e) Auf die Bedeutung einer Festlegung des Verfü-

1) Hier erkennt auch Krause die bei Abschaffung der dinglichen Einigung entstehenden Schwierigkeiten an (a.a.O. S. 322, 324).

gungszeitpunktes unabhängig von dem Zeitpunkt der Verpflichtungsübernahme wurde bereits oben (III, 3c, S. 54) hingewiesen. Es kann aber nicht genügen, daß diese Festlegung einseitig durch den Betroffenen geschieht, sondern auch dem Erwerber ist die Möglichkeit zu geben, auf die Bestimmung dieses Zeitpunktes unmittelbar rechtlichen Einfluß zu nehmen. Dies macht aber seine Mitwirkung hierbei durch ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft erforderlich.

Dies ist auch der Grund, warum Antrag und Bewilligung des Betroffenen zur Festlegung des Verfügungszeitpunktes nicht genügen können [1]). Denn auch in diesem Fall wäre eine Mitwirkungsmöglichkeit des Erwerbers gleichfalls ausgeschlossen; (abgesehen davon, daß schon aus den in Abschnitt III angeführten Gründen die formellen Eintragungsvoraussetzungen überhaupt ein materielles Rechtsgeschäft nicht ersetzen können).

3.

Nachdem wir eine nicht rechtsgeschäftliche causa mit als Grund für die Vertragsnatur des dinglichen Rechtsgeschäfts erkannt haben (oben 2b cc) liegt es nahe, in diesem Zusammenhang als weitere Begründung für die Notwendigkeit der Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts im Interesse des Erwerberschutzes auch die Fälle anzuführen, in denen die obligatorische Grundlage der dinglichen Rechtsänderung zwar ein Rechtsgeschäft ist, aber nur ein einseitiges, also lediglich aus einer Willenserklärung des Betroffenen besteht. Diese Fälle können jedoch nicht als zwingender Grund für die hier in Frage stehende Beweisführung angesehen werden:

Als solche Fälle kommen nach geltendem Recht nur drei in Frage, nämlich Stiftung, Auslobung und Vermächtnis. Im Falle der Stiftung ist durch das Erfordernis der staatlichen Genehmigung (§ 80 BGB) auch den Belangen

1) Wie Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht im Arch. civ. Pr. 146 S. 138, meint.

des durch sie Bedachten genügend Rechnung getragen. Im Falle des Vermächtnisses ist der Bedachte durch sein Ausschlagungsrecht (§ 2180 BGB) hinreichend geschützt (sodaß bei dessen Nichtausübung zum dinglichen Vollzug des Vermächtnisses eine einseitige Willenserklärung des Beschwerten als ausreichend angesehen werden könnte). Bei der Auslobung schließlich gibt der Begünstigte sein Einverständnis mit dem Erwerb des ausgelobten Rechts durch die Vornahme der betreffenden Handlung zu erkennen. Uebrig bleiben nur die Fälle, in denen bei der Auslobung die Handlung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen wird, was ja nach § 657 BGB nicht nötig ist. Solche Fälle werden aber nur selten vorkommen und noch seltener wird die Auslobung eines Grundstücks sein, sodaß dieser aus zwei Gründen praktisch äußerst selten zu erwartende Fall keinen ausreichenden Gegengrund darstellt. Selbst in diesem Fall könnte aber dadurch geholfen werden, daß in die Regelung der Auslobung eine Vorschrift aufgenommen würde, wonach bei Vornahme der Handlung in Unkenntnis der Auslobung dem Berechtigten ein Ausschlagungsrecht zustünde, wenn es nicht vorzuziehen wäre, diesen Ausnahmefall ganz der Behandlung durch Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen.

Diese Ersatzmöglichkeiten für die dingliche Zustimmungserklärung des Begünstigten in den Fällen einer einseitigen rechtsgeschäftlichen causa ändern jedoch nichts an den oben angeführten Gründen für die Notwendigkeit einer solchen Erklärung. Sie haben vielmehr nur die Bedeutung, daß die Fälle des einseitigen Grundgeschäftes nicht als weiterer Grund für die Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts angeführt werden können, und ändern nichts an dem Ergebnis, daß ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft nicht angängig ist. Selbstverständlich werden damit dann auch die für den erwähnten Ausnahmefall bei der Auslobung angegebenen Auswege überflüssig.

4.

Wenn man einerseits sowohl gemäß dem zu III, 3 Ausgeführten die Notwendigkeit eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts an sich anerkannt hat, als auch nach den obigen Darlegungen zu 2 das Bedürfnis nach einer rechtsgeschäftlichen Mitwirkung des durch eine dingliche Rechtsänderung Begünstigten bzw. zu Begünstigenden an deren Herbeiführung zugibt, andererseits aber doch den dinglichen Vertrag in seiner heutigen Form als lebensfremd und zu sehr reiner juristisch-technischer Konstruktion entsprungen ablehnen möchte, liegt es nahe, nach Möglichkeiten zu suchen, die unter Aufrechterhaltung der beiden genannten Grundsätze dennoch einen dinglichen Vertrag entbehrlich machen, also gewissermaßen nach Ersatzformen für die Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts.

a) Zu diesem Zweck könnte man eine Gestaltung der dinglichen Rechtsänderung in Erwägung ziehen, bei der die dingliche Rechtsänderung an sich zwar zunächst lediglich auf Grund einer einseitigen dinglichen Willenserklärung des Betroffenen eintritt, der Erwerber aber dadurch geschützt wird, daß man es ihm freistellt, innerhalb einer bestimmten Frist den Rechtserwerb durch eine Ausschlagungserklärung rückgängig zu machen[1]). Dieses Ausschlagungsrecht wäre dann etwa ähnlich dem des Erben oder des Vermächtnisnehmers auszugestalten, nur daß die Auschlagungserklärung dem Zuwendenden gegenüber und formlos abgegeben werden könnte. Allerdings wäre für den Fall der Eigentumsübertragung wohl insofern eine Ausnahme zu machen, als man für die hierauf gerichtete

1) In ähnlicher Weise schlägt Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in Iher. Jb. 27 (1899) S. 402 ff. ein Ausschlagungsrecht des ohne rechtfertigenden Grund Erwerbenden vor, als Mittel zur Milderung der Abstraktheit der Verfügung im BGB. Dagegen mit Recht Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S. 62, 63.

Bewilligungserklärung des Betroffenen wie auch für die diesbezügliche Ausschlagungserklärung des Begünstigten eine besondere Form vorschreiben, vielleicht auch für diesen Fall an der (formalisierten) Einigung wie im geltenden Recht festhalten und die erwähnte Neuerung nur den beschränkten dinglichen Rechten vorbehalten würde.

An dem Vorschlag ist richtig, daß er von der Erfahrungstatsache ausgeht, daß in der Regel der Erwerber eines dinglichen Rechts gegen diesen Erwerb nichts einzuwenden haben wird (siehe oben IV, 1 S. 54), sein Einverständnis daher vermutet und ihm deshalb für diesen Fall eine besondere rechtsgeschäftliche Erklärung erspart werden könne. Im Fall mangelnden Einverständnisses mit dem Rechtserwerb aber würden seine Belange eben durch die Möglichkeit einer Ausschlagung des Rechtserwerbs gewahrt bleiben. Dazu kommt, daß die Abgabe einer dinglichen Einigungserklärung, zumindest einer solchen von Seiten des Erwerbers, den meisten Volksgenossen in der Regel weder zum Bewußtsein kommen, noch ohne weiteres sofort verständlich sein wird.

Die Tatsache, daß die besondere Einigungserklärung dem Erwerber im allgemeinnn überhaupt nicht zum Bewußtsein kommen wird, zeigt aber aber auch, daß sie ihn nicht besonders beschwert und zwar weder rechtlich noch tatsächlich, sodaß eigentlich ein Bedürfnis, ihn von einer solchen Erklärung durch eine besondere Regelung zu „entlasten", gar nicht besteht. Nur im Falle der Eigentumsübertragung (Auflassung) kommt die Einigungserklärung dem Erwerber stets zum Bewußtsein und bringt sie für ihn auch Unannehmlichkeiten und besondere Kosten (§ 449 BGB!) mit sich. In diesem Falle wird man aber, wie schon erwähnt, doch nicht von einer ausdrücklich erklärten Einigung absehen können, selbst wenn dies in den übrigen Fällen der dinglichen Rechtsänderung geschehen würde; wenn man aber trotzdem auch hierfür das „Ausschlagungsprinzip" einführen wollte, so müßte man für die Ausschlagungserklärung des Erwerbers doch eine

öffentliche Form verlangen, weshalb dadurch die oben erwähnten Nachteile der Auflassung nicht beseitigt würden.

Den Interessen des Erwerbers wird aber mit einer besonderen Ausschlagungerklärung für den Fall der Ablehnung des Rechtserwerbs nicht nur gedient, sondern es wird ihnen sogar geschadet: nämlich gerade in den Fällen, in denen er mit der einseitigen Zuwendung eines dinglichen Rechts an sich nicht einverstanden ist — und nur diese sind es, in denen seine Interessen eines besonderen rechtlichen Schutzes bedürfen — wird er durch die Abgabe einer besonderen Ausschlagungserklärung und insbesondere durch die dabei notwendigerweise zu beachtenden Förmlichkeiten (und wenn diese nur in der Einhaltung einer bestimmten Frist bestehen sollten) mehr belastet, als wenn er einfach durch Nichtabgabe seiner Einigungserklärung bzw. durch Nichtvornahme einer diese andeutenden konkludenten Handlung seinen Willen zur Ablehnung des Rechtserwerbs zum Ausdruck bringen könnte. Auch werden durch die Beibehaltung einer dinglichen Einigung (also der Annahmebedürftigkeit der Erklärung des Betroffenen) weder der Verfügende in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt, noch würden ihm aus dem obigen Vorschlag besondere Vorteile erwachsen. Denn ein Interesse des Verfügenden, dem anderen Teil ohne dessen Willen, wenn auch nur einstweilen, ein Recht aufzudrängen, ist nicht anzuerkennen und sein etwaiges Interesse daran, seinerseits einstweilen alles zu tun, um die Rechtsänderung herbeizuführen, sodaß es nur noch der Annahmererklärung des Begünstigten bedarf, um sie zu vollenden — ein Interesse, das praktische Bedeutung hat, z. B. bei Hypothekenbewilligung ohne Kenntnis des Gläubigers, um diesen leichter zur Auszahlung des Darlehens bewegen zu können (vgl. oben S. 57), oder wenn bei einem Geschenk alle notwendigen rechtlichen Formalitäten schon vor Kenntnis des zu Beschenkenden erledigt werden sollen — bleibt infolge des formellen Konsensprinzips für das Grundbuchrecht in Verbindung mit der

Zulässigkeit einer der Eintragung nachfolgenden Einigung bestehen.

Außerdem würde dieser Vorschlag weder eine Erleichterung des Rechtsverkehrs noch eine Vereinfachung der rechtlichen Regelung zur Folge haben. Diese würde sogar durch die erforderlichen Einzelvorschriften über das Ausschlagungsrecht und seine Ausübung noch komplizierter werden als bei der Vorschrift einer, wenigstens auf Seiten des Begünstigten formlos zu schließenden, Einigung. Man kann auch nicht sagen, daß die Einführung eines solchen Ausschlagungsrechts volkstümlicher sein würde und auf ein allgemeineres Verständnis stoßen würde, als die einfache Notwendigkeit, mit einer Zuwendung einverstanden sein zu müssen.

Schließlich darf man nicht übersehen, daß diese Neuerungsmöglichkeit auch eine Vereinfachung der wissenschaftlichen Lehren über das „künstliche Konstruktionsgebilde" der Einigung höchstens scheinbar erreichen würde. Denn wie schon nach bisherigem Recht und ebenso auch für das künftige Recht bei Beibehaltung einer Einigung, die Einigungserklärung des Begünstigten nicht nur formlos, sondern auch stillschweigend abgegeben werden kann, so wird man bei einer gesetzlichen Vorschrift, die den Rechtserwerb zwar zunächst ohne Mitwirkung des Erwerbers eintreten läßt, die aber für den Fall seines Nichteinverständnisses ein besonderes Ausschlagungsrecht einräumt, in der Nichtausübung dieses Ausschlagungsrechts innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist ebenfalls einen, wenn auch stillschweigend erklärten, Zustimmungswillen und damit eine, wenn auch gesetzlich nicht geregelte, so doch tatsächlich vorliegende, dingliche Einigung sehen können.

Das „Ausschlagungsprinzip" könnte demnach weder die Nachteile des geltenden Rechts beseitigen, noch hätte es besondere über die des geltenden Rechts hinausgehenden Vorteile und ist somit abzulehnen.

b) Eine weitere denkbare Möglichkeit, den Erwerberschutz unter Beseitigung eines „dinglichen Vertrags" zu

gewährleisten, wäre, daß man außer einer unmittelbar auf die dingliche Rechtsänderung gerichteten Verfügungserklärung des Betroffenen zwar auch eine solche des Begünstigten verlangt, beide aber nicht als aufeinander bezügliche Erklärungen und damit als Vertrag konstruiert, sondern als zwei einseitige empfangsbedürftige Erklärungen, deren jede für sich (unabhängig von der anderen) abzugeben wäre [1]). Als Adressat beider Erklärungen käme nur das Grundbuchamt in Frage. Eine Sonderregelung für die Eigentumsübertragung bliebe auch hier vorbehalten.

Der Vorteil einer solchen Regelung wäre, daß nicht mehr zwischen materieller Einigungserklärung und formeller Bewilligung des Betroffenen unterschieden werden müßte, sondern daß in der, in den Formen der bisherigen grundbuchrechtlichen Bewilligung abzugebenden Erklärung des Betroffenen sowohl seine verfahrensrechtliche Zustimmung zur Grundbucheintragung als auch zugleich seine sachlichrechtliche Zustimmung zur Rechtsänderung enthalten wäre. Daß eine solche Vereinigung der materiellrechtlichen und der formellrechtlichen Erklärung des Betroffenen tatsächlich einen begrüßenswerten Fortschritt gegenüber dem bisherigen Recht darstellen würde, wird unten in Abschnitt V dargelegt; andererseits wird aber dort auch gezeigt, daß diese Verbindung die Beibehaltung einer dinglichen Einigung nicht ausschließt, sondern vielmehr gerade eine Verbindung der Einigungserklärung des Betroffenen mit seiner einseitigen grundbuchrechtlichen Bewilligungserklärung möglich und zweckmäßig ist. Dieser Vorzug kann also auch auf anderem Wege erreicht werden.

Welche weiteren besonderen Vorteile aber dieser Vorschlag hätte, ist nicht einzusehen. Daß er die dingliche Einigung vermeidet, ist nicht an sich schon ein Vorteil; denn es kann nicht der Zweck und das Ziel einer Neuregelung sein, unter allen Umständen und auf jeden Fall das Alte zu beseitigen, nur damit überhaupt irgend eine Aenderung eintritt, sondern eine Aenderung ist nur dann

1) Hinweis hierauf in Mot. III, S. 7.

gerechtfertigt, wenn sie besser ist als der bisherige Zustand, d. h. wenn sie dessen Nachteile vermeidet ohne seine Vorteile aufgeben zu müssen, und entweder darüber hinaus noch besondere Vorteile oder zumindest keine besonderen Nachteile mit sich bringt.

Der genannte Vorschlag hat aber gegenüber dem geltenden Recht und auch gegenüber der unten in Abschnitt V vorgeschlagenen Verbesserung, die zugleich seinen einzigen Vorteil, nämlich die Vereinigung von materiell- und formellrechtlichen Erklärungen, mit enthält, einen wesentlichen Nachteil: bei Beseitigung einer dinglichen Einigung, aber Aufrechterhaltung einer eigenen Verfügungserklärung auch des Begünstigten kommt als Adressat dieser letzteren Erklärung nur das Grundbuchamt in Frage. Das Grundbuchamt kann sich aber in keinem Fall mit formlosen Erklärungen begnügen; wenn schon ihm gegenüber eine Erklärung abzugeben ist, muß sie irgendeine, den Beweis ihrer Abgabe und ihres Inhalts sichernde Form haben, selbst wenn man in dem hier gegebenen Fall entgegen der Regel des § 29 GBO nur privatschriftliche Form genügen lassen könnte. Dies bedeutet aber eine unnötige und ungerechtfertigte Beschwerung des Begünstigten sowohl als auch des Grundbuchamts. Denn den Interessen der Beteiligten wie denen des Grundbuchverkehrs wird — abgesehen vom Fall der Eigentumsübertragung und evtl. des Erbbaurechts, für die aber ohnehin eine Sonderregelung zu erwägen wäre — eine formlose Einverständniserklärung des durch die Rechtsänderung Begünstigten vollauf gerecht. Die Formlosigkeit dieser Erklärung ist aber nur aufrechtzuerhalten, wenn sie dem anderen Teil, also dem Betroffenen, gegenüber erklärt wird in Gestalt einer Annahme der Bewilligungserklärung desselben.

Dazu kommt ferner, daß eine gesetzliche Regelung der erwähnten Art (ähnlich wie im Fall des „Ausschlagungsprinzips") die Frage offen läßt, ob nicht trotz äußerlich voneinander unabhängiger Abgabe der beiden Erklärungen an einen gemeinsamen Empfänger doch tatsächlich

eine Einigung, also ein dinglicher Vertrag, vorliegt; insbesondere dürfte diese Frage in der Wissenschaft lebhafte Erörterung erfahren. Zwar sind einerseits die Erklärungen nicht gegenseitig abzugeben, andererseits muß aber doch insofern ein wenigstens inhaltlicher Zusammenhang zwischen beiden bestehen, als sich die Einverständniserklärung des Erwerbers notwendig auf die entsprechende Bewilligungserklärung des Betroffenen beziehen muß, um überhaupt einen Sinn und praktischen Wert haben zu können. Daraus kann aber geschlossen werden, daß tatsächlich ein „Einigsein" über die Rechtsänderung vorliege, und da die Erklärungen inhaltlich einander entsprechen müssen, sogar vorliegen müsse. Damit würde die Lehre von der dinglichen Rechtsänderung aber eine unnötige und unerwünschte Komplizierung und vielleicht auch Unterschiedlichkeit erfahren.

Auch für die praktische Durchführung dieser Regelung entständern insofern Schwierigkeiten, als eine inhaltliche Uebereinstimmung bzw. gegenseitige Bezugnahme der beiden Erklärungen aufeinander, wie schon erwähnt, auch in diesem Fall unbedingt nötig erscheint. Die Nachprüfung dieser mittelbaren Gegenseitigkeit der Erklärungen würde aber für das Grundbuchamt mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Jedenfalls würden die Fälle der Notwendigkeit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO erheblich zunehmen.

Auch diese Möglichkeit einer Umgehung des dinglichen Vertrags ist daher als unzweckmäßig abzulehnen.

c) Auf den Vorschlag Krauses[1]), den Schutz des Erwerbers lediglich in das formelle Recht zu verlegen, indem man das Antragsrecht zur Eintragung auf ihn beschränkt, soll in anderem Zusammenhang eingegangen werden[2]).

5.

Als Ergebnis dieses Abschnittes kann festgestellt

1) Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 82, 325.
2) Vgl. unten V, 4b.

werden, daß das besondere dingliche Rechtsgeschäft sich aus zwei Willenserklärungen, nämlich außer einer solchen des durch die Rechtsänderung Betroffenen auch einer des durch sie Begünstigten, deren jede dem anderen Beteiligten gegenüber abzugeben ist, bestehen, mithin die Eigenschaft eines Vertrags haben muß.

## V. Ist eine Verbindung oder eine Trennung der materiellrechtlichen und der formellrechtlichen Willenserklärungen vorzuziehen?

Wenn schon der dingliche Vertrag als ein von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft unterschiedenes Rechtsgeschäft beibehalten werden muß und dadurch eine gewisse Verschiedenheit zwischen unbefangener, volkstümlicher Rechtsauffassung und gesetzlicher Regelung unvermeidlich bleibt — wenn auch diese Verschiedenheit gerade im Hinblick auf das letzten Endes entscheidende Ziel, die rechtlichen Ergebnisse für die einzelnen Lebenstatbestände möglichst volksnah und gerecht zu gestalten, aufrechterhalten werden muß — so fragt es sich doch, ob nicht vielleicht auf andere Weise die komplizierte Regelung des Liegenschaftsumsatzes vereinfacht werden kann.

Im geltenden Recht sind zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung an einem Grundstück neben der Grundbucheintragung (und der diese veranlassenden Verfahrenshandlung des Eintragungsantrags) drei Arten von Willenserklärungen nötig[1]): die schuldrechtlichen Verpflichtungserklärungen und die sachenrechtlichen Verfügungserklärungen als die beiden materiellrechtlichen und die grundbuchrechtliche Eintragungsbewilligung des Betroffenen als formellrechtliche Willenserklärung. Eine Mehrheit von Rechtsakten zur Erzielung eines wirtschaftlich einheitlichen Erfolges legt aber stets die Frage nahe, ob eine solche gesetzliche Kompliziertheit in unerlässlichen rechtstechnischen Notwendigkeiten begründet ist oder mit

1) „Nötig“ hier im tatsächlichen Sinn, nicht als gesetzliche Voraussetzungen des Eintritts der Rechtsänderung.

Rücksicht auf die Einfachheit, Klarheit und Lebensnähe des Rechts einer Lockerung oder Vereinfachung zugänglich ist. Daher ist, — ausgehend von dem bei Ueberschneidungen oder Widersprüchen von Rechtstechnik einerseits und Allgemeinverständlichkeit des Rechts andererseits geltenden Grundsatz: „So wenig Rechtstechnik als möglich, aber auch nicht weniger als nötig“ [1]) — jedenfalls eine eingehende Prüfung aller Möglichkeiten geboten, die, ohne Beeinträchtigung der Vorteile eines in allen Einzelheiten durchdachten und damit notwendigerweise nicht ganz einfach volksverständlich darzustellenden Gesamtgefüges des Rechts oder eines Rechtsgebietes, wie es unser geltendes bürgerliches Recht darstellt, und ohne Schaden für eine zu gerechten und volksnahen Ergebnissen führende Handhabung des Gesetzes, rechtstechnische Ueberspitzungen und unnötige Ueberfeinerungen auflockern und damit zur möglichst weitgehenden Verwirklichung des Ideals eines sowohl gesetzestechnisch eingehend durchgebildeten, wie auch klaren, lebens- und volksnahen Rechts führen könnten.

Daß der tatsächliche Vorgang der Grundbucheintragung ebenso wie mindestens ein zu ihm hinzukommendes rechtsgeschäftliches Element unerlässliche Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung sind, wurde oben in den Abschnitten I und II dargelegt. Es kommt daher nur eine Vereinfachung innerhalb des rechtsgeschäftlichen Elementes in Frage. Da, wie die Untersuchung zu III ergab, die dinglichen Erklärungen von den schuldrechtlichen gesondert bleiben müssen, bleibt noch die Möglichkeit einer Verbindung der verfahrensrechtlichen Bewilligung mit einer materiellrechtlichen Willenserklärung zu erwägen. Daß eine Verbindung der grundbuchrechtlichen Bewilligung des Betroffenen mit seiner schuldrechtlichen Vertragserklärung unzweckmäßig und unvorteilhaft wäre, ist ohne weiteres offensichtlich und bedarf daher keiner näheren Erörterung.

1) Locher, Grundbuchverfassung, S. 42; siehe auch oben Einleitung 5.

Zu überlegen ist jedoch, ob und gegebenenfalls wie sich durch Vereinigung der Bewilligung mit der dinglichen Verfügungserklärung des Betroffenen eine Vereinfachung erziehen läßt.

Eine solche Vereinigung von materiellrechtlichen und formellrechtlichen Willenserklärungen läßt noch verschiedene nähere Ausdeutungen zu: bei zweiseitigem dinglichen Verfügungsgeschäft ist sowohl eine Verbindung nur der materiellen Verfügungserklärung des Betroffenen mit dessen formeller Bewilligungserklärung denkbar [1]), als auch als formelle Eintragungsvoraussetzung der Nachweis der materiellen Erklärungen beider Beteiligter, wie im geltenden Recht gemäß § 20 GBO für Eigentum und Erbbaurecht [2]). Da in diesem Fall des geltenden Rechts der Nachweis der Einigung nach richtiger Ansicht [3]) zugleich die einzige formelle Eintragungsvoraussetzung (neben dem stets erforderlichen Antrag) ist, ist insoweit diese Verbindung schon im geltenden Recht durchgeführt. Die hier zu führende Untersuchung braucht sich daher im wesentlichen nur auf die nicht in § 20 GBO enthaltenen Fälle zu erstrecken. Der Vorschlag würde also nicht etwa bedeuten, daß das formelle Konsensprinzip in allen Fällen durch das Legalitätsprinzip ersetzt werden müßte, sondern es bleibt durchaus möglich, dies wie bisher auf die Fälle des § 20 GBO zu beschränken und im Regelfall nur der materiellen Verfügungserklärung des Betroffenen bzw. ihrem Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt zugleich formellrechtliche Wirkungen beizulegen [4]). Außer Betracht bleibt dagegen die rein theoretisch ebenfalls wenigstens denkbare Möglichkeit, die materielle Erklärung des Begünstigten, und nur diese, zugleich als formelle Eintragungsvoraussetzung aufzustellen. Nicht mehr in diese Untersuchung mit einbezogen werden sollen auch die Fälle des einsei-

1) Vgl. oben A VI (und VII) 2b.
2) Vgl. oben A VI (und VII) 2a.
3) Vgl. unten S. 75.
4) Ausführlicher unten 2b.

tigen dinglichen Rechtsgeschäfts, bei denen an sich gleichfalls eine Vereinigung der materiellen Verfügungserklärung mit dem formellen Eintragungserfordernis einer Bewilligung des Betroffenen in Frage kommt[1]).

Auf welche Weise könnte nun eine solche Verbindung oder Vereinigung von materiellem und formellem Recht durchgeführt werden?

Dabei ist vor allem zu betonen, daß es sich hier nicht um eine Gleichsetzung von materiellrechtlichen Rechtsänderungs- und formellrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen handelt, sondern nur um eine Verbindung der materiellen Verbindungserklärung und der formellen Bewilligungserklärung, derart, daß die Abgabe einer einzigen Willenserklärung sowohl die materiellrechtlichen Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäfts als auch als solche zugleich die formellrechtlichen Wirkungen der grundbuchrechtlichen Eintragungsbewilligung hat. Dabei können an sich die gesetzlichen Anforderungen für den Eintritt der materiellen Wirkungen andere sein als für die formelle Wirkung der Befugnis des Grundbuchamts zur Eintragung, wenn es sich auch empfehlen wird, nicht nur die beiden Erklärungen in eine zusammenzulegen, sondern auch die beiden von dieser einheitlichen Erklärung zu erfüllenden Funktionen möglichst von den gleichen gesetzlichen Wirkungsvoraussetzungen abhängig zu machen.

Ob man dabei diese einheitliche Erklärung schon ihrem Wesen nach als zugleich materiellrechtliche wie formellrechtliche Willenserklärung auffaßt oder an sich als rein materiellrechtliche Erklärung, wobei aber neben dieser keine besondere formellrechtliche Erklärung mehr abgegeben zu werden braucht, sondern zur Erfüllung der verfahrensrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen nur der Nachweis dieser materiellen Rechtsänderungserklärung erforderlich und genügend ist, begründet im Ergebnis keinen Unterschied. Im letzteren Sinne ist die Verbindung beider Erklärungen in den Fällen des § 20 GBO durch-

1) Vgl. oben A VI (und VII) 1a.

geführt und diese Lösung erscheint auch als die gedanklich richtigere und vor allem als die ungezwungenere und leichter verständliche.

Die Einzelheiten der Durchführung einer solchen Vereinigung beider rechtlicher Funktionen in einer und derselben Willenserklärung werden sich aus der Untersuchung der Möglichkeit und Zweckmäßigkeit dieser Neuerung überhaupt ergeben [1]).

1.

a) Für eine Verbindung der materiellrechtlichen (sachlichrechtlichen) Einigungserklärung des durch eine dingliche Rechtsänderung Betroffenen und dessen formellrechtlicher (verfahrensrechtlicher) Bewilligungserklärung spricht vor allem das Bestreben nach möglichster Vereinfachung komplizierter Rechtsregeln, hier insbesondere des materiellen und des formellen Grundbuchrechts, nach möglichst weitgehender Angleichung der geschriebenen Rechtsordnung an die Rechtsanschauungen des Volkes, nach Ermöglichung des Verständnisses möglichst vieler gesetzlicher Regelungen auch für die große Masse der „Laien", sowie nach Beseitigung unnötiger rechtstechnischer Ueberfeinerungen.

Denn es erscheint umständlich und übertrieben formalistisch, wenn der Veräußerer neben der Erklärung, daß er verkaufe und daß er mit dem Erwerber über den Eintritt der Rechtsänderung einig sei, auch noch erklärt, er bewillige die Eintragung des Erwerbers als nunmehr dinglich Berechtigten im Grundbuch. Das gilt nicht nur für die Uebertragung des Eigentums, sondern ebenso für alle sonstigen Fälle dinglicher Rechtsänderung. Denn

1) Die inhaltliche Gleichheit von Einigungserklärung des Betroffenen und Ertragungsbewilligung, sodaß als Eintragungsvoraussetzung nur der Nachweis der dem anderen Vertragsteil gegenüber abgegebenen materiellen Erklärung erforderlich ist, behauptet schon für das geltende Recht Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht (vgl. insbesondere S. 9ff.). Auf der Grundlage des geltenden Rechts ist diese Ansicht jedoch nicht richtig. Auch Mot. III S. 177 sprechen von „Nachweis der Eintragungsbewilligungen".

da zur Verwirklichung der gewollten Rechtsänderung neben der Einigung stets die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, ist die Bewilligungerklärung dem Sinne nach tatsächlich schon in der Einigungserklärung enthalten und da die Bewilligung der Eintragung einer dinglichen Rechtsänderung im Grundbuch, ohne daß diese Rechtsänderung von den Beteiligten gewollt wäre, ein Widerspruch in sich wäre, weil die Eintragung dann die Rechtsänderung entgegen ihrem äußerlichen Inhalt doch nicht herbeiführen könnte, kann nicht angenommen werden, daß jemand die Eintragung einer Rechtsänderung bewilligt, ohne diese Rechtsänderung zu wollen, und es enthält daher die Eintragungsbewilligung auch das Einverständnis mit der Rechtsänderung; beide Erklärungen besagen somit letzten Endes inhaltlich dasselbe. Es kann auch davon ausgegangen werden, daß die Beteiligten wenigstens in den weitaus meisten Fällen wissen, daß weder ihre Vertragserklärungen allein, noch die Eintragung im Grundbuch allein die Rechtsänderung herbeiführt, daß also das Wollen des einen ohne des anderen ein innerer Widerspruch wäre.

Daraus ergibt sich aber andererseits, daß es unnötig und überflüssig ist, für die Herbeiführung eines einheitlichen rechtlichen Erfolges zwei verschiedene Erklärungen zu verlangen, die sich nur in ihrer äußeren Form, nicht aber ihrem inneren Sinne nach voneinander unterscheiden. Es liegt daher nahe, die beiden Erklärungen in eine einheitliche zusammenzulegen, die dann sowohl den Willen zum Eintritt der Rechtsänderung als auch gleichzeitig den Willen und damit die verfahrensrechtliche Grundlage zur Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch enthalten würde.

Welche Bedeutung es in diesem Zusammenhang hat, daß das geltende Recht — abgesehen von Auflassung und Erbbaurecht — zwar für die formelle Bewilligungs-, nicht aber für die materielle Einigungserklärung eine Form vorschreibt, soll unten (2b) näher erörtert werden.

b) Der Gedanke der Vereinigung der materiellrechtlichen und formellrechtlichen Willenserklärungen wird noch dadurch bestärkt, daß die im geltenden Recht nach richtiger Ansicht schon auf einem Teilgebiet durchgeführt ist und eine weitere Ausdehnung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts angebahnt wurde.

Wenn § 20 der Grundbuchordnung vorschreibt, daß in den Fällen der Auflassung eines Grundstücks, der Bestellung, Inhaltsänderung oder Uebertragung eines Erbbaurechts als Eintragungsvoraussetzung der Nachweis der sachlichrechtlichen Einigung (die im Falle der Auflassung in der Form des § 925 BGB erklärt werden muß), erforderlich ist, so ergibt der Vergleich mit dem vorausgehenden und für die übrigen Fälle der dinglichen Rechtsänderung geltenden § 19 GBO, der nur eine Bewilligungserklärung des Betroffenen verlangt, daß § 20 GBO für die in ihm bezeichneten Fälle eine Ausnahme von den Fällen des § 19 machen will, indem er insofern weiter geht als dieser, als er an Stelle des „formellen Konsensprinzips" das „Legalitätsprinpzip" treten läßt, nicht aber, daß er in dem Sinn mehr verlangen würde, daß die in ihm genannte Voraussetzung noch zu dem Erfordernis des § 19 hinzukommen müßte; mit anderen Worten: § 20 verlangt als Eintragungsvoraussetzung den Nachweis der dinglichen Einigung an Stelle der einseitigen Bewilligung des Betroffenen, nicht aber außer dieser[1]). Das bedeutet, daß dieser Nachweis der Einigung zur verfahrensrechtlichen Rechtfertigung der Eintragung nicht nur erforderlich, sondern auch genügend ist. Es ist also in diesen Fällen keine besondere verfahrensrechtliche Erklärung, wie sonst die Bewilligung des Betroffenen, nötig, sondern die eine,

1) Siehe RG Bd. 141/376, 377 und die dort angeführte weitere Literatur. Der gleichen Ansicht sind insbesondere Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, S. 505, Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 925/83; Planck-Strecker 5. Aufl., § 925/5; Locher, Grundbuchverfassung, S. 51, Anm. 22 und Hencke-Mönch, Grundbuchordnung, § 20/1 A b und /4a. A. A.: insbesondere Güthe-Triebel, 6. Aufl., § 20/50 und Hesse-Saage-Fischer, 2. Aufl., § 20/1.

ihrem Wesen nach materiellrechtliche Einigung bildet gleichzeitig die formellrechtliche Eintragungsgrundlage. Daß die Voraussetzungen für das materielle und das formelle Recht verschieden sind, (dort Abgabe der Einigungserklärungen, hier ihr Nachweis) hat, wie bereits eingangs erwähnt, unmittelbar nichts mit der Vereinigung beider Rechtswirkungen in einem und demselben Erklärungsvorgang zu tun.

In gleicher Weise wäre dies auch für die übrigen Fälle einer dinglichen Rechtsänderung möglich, indem die Vorschrift des § 19 GBO dahin ausgedeutet würde, daß die dort vorgeschriebene Bewilligung des Betroffenen gleichbedeutend wäre mit dessen sachlich-rechtlicher Einigungserklärung, sodaß die Eintragung also beim Nachweis dieser Einigungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt zulässig und geboten wäre. Freilich ergibt sich dies nicht ohne weiteres aus der gegenwärtigen Fassung des § 19 GBO, vor allem nicht, daß dies immer und in allen Fällen so sein müßte. Das Reichsgericht vertritt jedoch die Ansicht[1][2]), daß die verfahrensrechtliche Bewilligungserklärung des Betroffenen zugleich dessen sachlichrechtliche Einigungserklärung darstellt und auch umgekehrt, daß die materielle Einigungserklärung des Betroffenen — sofern sie der Form des § 29 GBO entspricht zugleich als dessen formelle Bewilligung anzusehen ist[3]).

1) RG Bd. 54/378 ff.

2) Stellungnahme des Schrifttums zu dieser Frage: ebenso wie hier Endemann, a.a.O., S. 313, 314, 312 Anm. 7, 315 Anm. 17 (Anfang); sowie auch Mot. III S. 173; vgl. auch das vom RG in 54/385 Anm. angeführte weitere Schrifttum. A. A.: Güthe-Triebel, § 19/11; doch gibt dieser immerhin die Möglichkeit zu, daß die Eintragungsbewilligung die Einigungserklärung des Betroffenen in sich schließen kann (§ 19/12 und 72); desgleichen Planck-Strecker, § 873, III 3 und die dort angegebene weitere Literatur; ferner Staudinger-Kober, § 873/55 mit den dort angeführten weiteren Zitaten; Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 38, 6 (S. 151); Wolff, Sachenrecht, § 33/3 und Bernhefft, Einigung . . . S. 46/47.

3) A.a.O., insbes. S. 383, auch Bd. 141/377. Zur Stellungnahme des Schrifttums vgl. Anm. 2 S. 76 d. Arb.

Diese begrüßenswerte Stellungnahme des Reichsgerichts könnte als Grundlage für eine Neuregelung im angegebenen Sinn in Frage kommen, indem nicht nur die darin vertretene Ansicht, daß die materielle Einigungserklärung des Betroffenen in dessen formellrechtlicher Bewilligungserklärung enthalten ist und umgekehrt, wenn nicht Formvorschriften entgegenstehen, zur gesetzlichen Regel erhoben würde, sondern darüber hinaus überhaupt die, wenn auch bloß theoretische Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher und formellrechtlicher Erklärung, die das Reichsgericht a.a.O. immerhin noch aufrechterhält, beseitigt[1]) und damit dann auch die theoretische Lehre den tatsächlichen Vorgängen besser angepaßt würde.

Allerdings setzt die zweckmäßige Durchführung dieses Grundsatzes in allen einzelnen Fällen noch eingehendere Untersuchungen voraus, insbesondere hinsichtlich der Formfragen. (Siehe S. 78ff.)

2.

Diesem Vereinfachungsvorschlag stehen allerdings scheinbar einige Gesichtspunkte entgegen, die sich jedoch bei näherer Betrachtung als unbegründet erweisen.

a) Zunächst könnte für eine Trennung beider Erklärungen die Verschiedenheit ihrer Adressaten vorgebracht werden: die sachlichrechtliche Einigungserklärung ist naturgemäß gegenüber dem anderen Vertragsteil, mit dem die Einigung zustandekommen soll, abzugeben, während die verfahrensrechtliche Bewilligungserklärung an das Grundbuchamt gerichtet sein muß. Dies ist, wenn man von einer Trennung beider Erklärungen ausgeht, zwar grundsätzlich richtig, steht aber deshalb trotzdem einer Verbindung nicht entgegen.

Denn einmal ist es rechtlich möglich, eine einheitliche Erklärung zugleich an mehrere (und zwar auch bestimmte) Empfänger zu richten (vgl.: Gesamtakt, Vereinbarung; für

1) So schon Endemann, a.a.O. S. 94 Anm. 42 und S. 95 Anm. 45 (Ende).

Eintragungsantrag und Einigungserklärung des Begünstigten auch RG 54/384). Zum anderen ist die hier vorgeschlagene Vereinigung beider Erklärungen zu einer einheitlichen nicht in dem Sinn aufzufassen, daß an sich, gedanklich wenigstens, zwei verschiedene Erklärungen vorliegen müßten, die dann nur in einem einzigen äußeren Erklärungsvorgang zusammengefaßt würden — das wäre nur die schon im Rahmen des geltenden Rechts mögliche Vereinfachung —, sondern es ist gemeint, daß eine besondere formellrechtliche Erklärung überhaupt entfallen kann, weil ihre Funktionen von der materiellrechtlichen mit übernommen werden, indem die materiellrechtliche Einigungserklärung, die dem anderen Teil gegenüber abgegeben wurde, dem Grundbuchamt nachgewiesen wird, wie schon jetzt nach richtiger Ansicht in den Fällen des § 20 GBO (vgl. oben S. 75; daß daneben nicht noch eine besondere Bewilligungserklärung erforderlich ist, wäre zur Vermeidung abweichender Ansichten gesetzlich zum Ausdruck zu bringen). Dieser Nachweis der Einigungserklärung des Betroffenen gegenüber dem Grundbuchamt ist aber nicht selbst eine Willenserklärung.

b) Sodann könnte gegen eine Vereinigung der beiden Erklärungen der damit scheinbar verbundene Wegfall der bekannten Vorzüge des formellen Konsensprinzips angeführt werden; denn wenn nach geltendem Recht als sachlichrechtliche Voraussetzung des Eintritts der Rechtsänderung zwar eine vertragsmäßige Einigung beider Beteiligter erforderlich ist, das Grundbuchamt aber schon auf Grund einer einseitigen Erklärung des Betroffenen eintragen darf und muß, so sind die Zwecke und Vorteile für diese formellrechtliche Vereinfachung eine bedeutende Entlastung des Grundbuchamts, das damit der Nachprüfung der materiellen Einigung enthoben wird, und eine Entlastung des durch die Rechtsänderung Begünstigten, der sich infolgedessen mit der Abgabe der sachlichrechtlichen Einigungserklärung gegenüber seinem Vertragsgenossen begnügen kann. Während aber für die materiell-

rechtliche Einigungserklärungen beider Teile (abgesehen von der Auflassung), keine Form vorgeschrieben ist, muß die dem Grundbuchamt gegenüber abzugebende Bewilligungserklärung des Betroffenen nach § 29 GBO öffentlich beurkundet oder beglaubigt sein; dem Begünstigten bleibt also jegliche Erklärungsform erspart. Wenn aber nun eine besondere formellrechtliche Bewilligungserklärung entfallen soll und ihre Aufgaben von der entsprechenden materiellrechtlichen Erklärung mit übernommen werden sollen, als solche materiellrechtliche Erklärung aber, wie oben (Abschnitt IV) dargelegt wurde, nur eine zweiseitige Einigung und nicht lediglich eine einseitige Bewilligung des Betroffenen in Frage kommen kann, so könnte man zunächst meinen, daß sich damit auch die Formvorschrift der formellen Erklärung derart auf die materielle Erklärung, deren Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt das formelle Eintragungserfordernis bildet, erstreckt, daß diese materielle Einigungserklärung als Ganzes der gleichen Form bedürfte wie im geltenden Recht die Eintragungsbewilligung des Betroffenen. Damit wäre aber dem durch die Rechtsänderung Begünstigten die Last einer Form aufgebürdet, die ihm nicht nur unnötige Mühe verursachen würde, sondern auch durch keine irgendwelchen anderen Belange gerechtfertigt wäre. (Von den Fällen der Eigentumsübertragung und den Fällen des Erbbaurechts wird hier abgesehen). Andererseits ist es mit Rücksicht auf eine geregelte und gesicherte Tätigkeit des Grundbuchamtes zweifellos unerläßlich, für alle dem Grundbuchamt gegenüber abzugebenden Erklärungen und Nachweise die Form des § 29 GBO beizubehalten.

Aber es ist keine notwendige Folge der Vereinigung von formellen und materiellen Erklärungen, daß dieses nunmehr einheitliche und zweiseitige Rechtsgeschäft als Ganzes dem Grundbuchamt nachgewiesen werden müßte, sondern es ist möglich und genügend, nur den Nachweis der materiellen Einigungserklärung des durch die Rechtsänderung Betroffenen zu verlangen, der dann die gleiche

Bedeutung hat wie im geltenden Recht dessen selbständige formellrechtliche Eintragungsbewilligung.

Dabei erscheint es jedoch zweckmäßig und als natürliche Folge der hier vertretenen Vereinigung der materiellen und formellen Erklärung, daß die dem Betroffenen demgemäß notwendig aufzuerlegende Form nicht erst an den Nachweis seiner, materiell formlos gültigen, Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt geknüpft wird, sondern schon in diese Erklärung selbst verlegt wird, da damit zugleich eine über die Verbindung der materiellen und formellen Erklärungen als solcher hinausgehende Annäherung (wenn auch nicht vollständige Gleichschaltung) der für den Eintritt der Rechtsänderung einerseits und der Befugnis zur Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch andererseits maßgebenden Voraussetzungen erzielt ist.

Denn das letzten Endes Wesentliche ist ja die Abgabe der Erklärung selbst und nicht ihr bloßer Nachweis. Wenn aber schon, sei es auch aus Gründen, die nur mit diesem Nachweis zusammenhängen, eine Formvorschrift erforderlich ist, dann ist es natürlicher und verständlicher, diese Form schon für die Erklärung selbst vorzuschreiben [1]), zumal ja eine Formvorschrift nur für den Nachweis der Erklärung mittelbar auch schon die Abgabe der Erklärung in dieser Form erzwingen würde. In den praktischen Auswirkungen ist der Unterschied beider Möglichkeiten zwar nicht groß, aber der hier vorgeschlagene Weg erscheint gedanklich klarer und einfacher und darum richtiger.

Das dingliche Rechtsgeschäft erhält sonach die Form eines einseitig formbedürftigen Vertrags [2]). Damit sind die oben erwähnten Vorteile einer Verbindung der materiellen und formellen Erklärungen mit den Vorzügen des formellen Konsensprinzips vereinigt.

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung, S. 51. Auch Planck-Strecker, § 873, III, 2 äußert Bedenken gegen die grundsätzliche Formfreiheit der materiellen Einigung im geltenden Recht.

2) So Locher, Grundbuchverfassung, S. 51.

In gleicher Weise sollte in den Fällen, in denen dem Grundbuchamt beide Verfügungserklärungen nachzuweisen sind, (Fälle des § 20 GBO) die aus grundbuchtechnischen Notwendigkeiten erforderliche Formvorschrift nicht für den bloßen Nachweis dieser Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt angeordnet und sie so für die Abgabe der Erklärung nur mittelbar erzwungen, sondern diese Form schon mit der Abgabe der Erklärung selbst verbunden werden[1]).

Aus dem gleichen Grunde empfiehlt es sich auch für die Auflassung — vorausgesetzt, daß deren Form im übrigen wie bisher beibehalten wird — die Aufnahme einer Niederschrift über die Auflassungserklärungen ausdrücklich vorzuschreiben, womit die Streitfrage, ob diese im geltenden Recht schon nach materiellem Recht nötig ist oder erst auf dem Umweg über das formelle (§§ 20, 29 GBO und 168, 175 FGG) erforderlich wird[2]), eine zweckmäßige Lösung finden würde (vgl. auch unten VII, 1 B III 3 [S. 110/11]).

Für die Regelfälle der dinglichen Rechtsänderungen ist schließlich in diesem Zusammenhang noch folgendes zu bemerken: wenn auch entsprechend dem formellen Konsensprinzip grundsätzlich der Nachweis der Erklärung des Betroffenen als Eintragungsgrundlage genügen soll, so müßte doch vorgeschrieben werden, daß dann, wenn dem Grundbuchamt aus irgendwelchen Gründen bekannt ist, daß trotz Nachweises einer formgültigen Bewilligung eine wirksame Einigung tatsächlich nicht vorliegt und auch offensichtlich nicht auch nachträglich zu erwarten ist, es die bewilligte Rechtsänderung nicht eintragen darf[3]); denn die schematische Bindung an Formvorschriften darf nicht zu

1) Ausführlicher unten, VII, 2.

2) In RG 54/195 und KG 51/145 wird die materiellrechtliche Bedeutung der Beurkundung bejaht, in RG 99/67 und 137/409 verneint.

3) Vgl. auch Lange, in Arch. civ. Pr. 145 S. 371 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht).

einer Unrichtigkeit des Grundbuchs führen. Teilweise wird dies übrigens schon für das geltende Recht gefordert[1]).

c) Die durch die Verbindung der formellen Bewilligungserklärung des Betroffenen mit seiner materiellen Einigungserklärung bedingte Verlegung der Formvorschrift in das materielle Recht führt dazu, — so könnte weiter gegen diese Verbindung vorgebracht werden — daß bei etwaigen Formmängeln der nunmehr einheitlichen Erklärung des Betroffenen das Grundbuch unrichtig wird, während dies bei Formalisierung nur der formellrechtlichen Erklärung des Betroffenen nicht der Fall ist. Die Formbedürftigkeit der materiellrechtlichen Erklärung des Betroffenen birgt also die Gefahr einer häufigeren Unrichtigkeit des Grundbuchs in sich, als dies bei Formlosigkeit dieser Erklärung der Fall ist.

Gegen diesen Einwand ist zu erwidern: Die Gefahr eines Formmangels überhaupt ist bei Abgabe der sowohl materiell- wie formellrechtlich wirkenden Erklärung nicht größer als bei ihrer nur formellrechtlichen Bedeutung im geltenden Recht. Stets aber muß der Grundbuchbeamte pflichtgemäß die Erklärung auf ihre Formgültigkeit prüfen und wird dabei etwaige Mängel in aller Regel entdecken. Denn auch bei einer Verbindung beider Erklärungen muß er die ihm in der gleichen Form wie bisher die formelle Eintragungsbewilligung nachgewiesene materiellrechtliche Erklärung nachprüfen, da sie, bzw. ihr Nachweis, zugleich die Grundlage für seine Eintragungsbefugnis bildet. Die Fälle, in denen trotz Verletzung der Formvorschrift für die Erklärung des Betroffenen eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt und infolgedessen bei der hier vorgeschlagenen Regelung, im Gegensatz zum geltenden Recht, das Grundbuch unrichtig wird, werden also äußerst selten sein. In den meisten dieser wenigen Fälle wiederum wird aber der

1) Hesse, Grundbuch und materielles Recht, in der Festschrift für Schlegelberger, S. 309/310; u. Henke-Mönch, Grundbuchordnung, § 19/1 A und 3 A c; sowie (nach Bernhöft, Einigung . . . S. 74 Anm. 2) Die Rechtsprechung des Kammergerichts. Ausdrücklich anderer Ansicht: Bernhöft, a.a.O., S. 74.

Betroffene, nachdem ihm der Formmangel seiner Erklärung bekannt geworden ist, die Rechtsänderung in derselben Weise wollen, wie sie ursprünglich, wenn auch nicht in der richtigen Form, von ihm vereinbart wurde, und wird daher die Bewilligung in formgültiger Weise nachholen; damit würde dann das Grundbuch wieder richtig werden, da die Möglichkeit, die Einigung erst nach der Eintragung wirksam zu erklären, auch für das künftige Recht beizubehalten ist. Ueberdies ist der Betroffene bei gültigem Verpflichtungsgeschäft oder sonstigem obligatorischem Rechtsgrund zu dieser Nachholung der dinglichen Erklärung in der vorgeschriebenen Form verpflichtet; auch kann diese Erklärung in einem solchen Fall durch Urteil ersetzt werden (§ 894 ZPO). Die erhöhte Gefahr der Unrichtigkeit des Grundbuchs bei Formalisierung der dinglichen Einigungserklärung des Betroffenen besteht daher tatsächlich nur in solch geringem Umfang (nur wenn zusammentreffen: mangelhaftes Verpflichtungsgeschäft, mangelhafte Bewilligungserklärung, Uebersehen dieses Mangels durch den Grundbuchbeamten, mangelnder Wille des Betroffenen, jetzt noch die Rechtsänderung herbeizuführen), daß dieser Gesichtspunkt keinen ausreichenden Gegengrund gegen eine Vereinigung der materiellrechtlichen und formellrechtlichen Bewilligungserklärung darstellt[1]).

1) Eine noch stärkere Sicherung gegen die Gefahr einer Unrichtigkeit des Grundbuchs bei Formmängeln der Einigung könnte durch eine Vorschrift erreicht werden, nach der Formmängel der Einigung bei Vorliegen eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts durch die Grundbucheintragung geheilt würden (vgl. Lange in Arch. civ. Pr. 145 S. 370 Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht), ähnlich wie schon im geltenden Recht Formmängel des auf die Eigentumsübertragung gerichteten Verpflichtungsgeschäfts durch Auflassung und Eintragung geheilt werden (§ 313, S. 2 BGB). Wegen der eben erwähnten, äußerst geringen Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefahr bzw. der hinreichenden anderweitigen Sicherungsmittel dagegen (zumal für eine Heilung nur solche Fälle in Frage kämen, in denen das Verpflichtungsgeschäft wirksam zustandegekommen ist und gerade hier schon § 894 ZPO helfen kann) besteht jedoch für eine solche Vorschrift kein Bedürfnis. Es könnte allenfalls für

d) Wenn dieselbe Erklärung zugleich die dingliche Verfügung und die verfahrensrechtliche Grundlage der Eintragung enthält, ist es dem Verfügenden nicht mehr möglich, eine längere zeitliche Trennung der einzelnen Bestandteile des „gestreckten" Verfügungsgeschäfts (dingliche Einigung und Grundbucheintragung) herbeizuführen, da der Erwerber auf Grund der ihm gegenüber abgegebenen formgerechten Einigungserklärung des Betroffenen durch deren Vorlegung beim Grundbuchamt jederzeit die Rechtsänderung herbeiführen kann. Es kann aber für den durch die Rechtsänderung Betroffenen aus verschiedenen Gründen von Belang sein, die Eintragung erst eine bestimmte Zeit nach Abgabe der sachlichrechtlichen Einigungserklärung zu bewilligen: so um abzuwarten, ob irgendwelche Bedingungen des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrags erfüllt sind, ob die Gegenleistung ordnungsgemäß erbracht ist und dergl. Die dahingehenden Interessen des Betroffenen sind zwar durchaus anzuerkennen, aber sie werden schon auf andere Weise als durch Trennung von Einigung und Bewilligung ebenso zweckmäßig erreicht, nämlich durch die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, die oben unter

---

sie angeführt werden, daß sie dann, wenn die Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und wirklicher Rechtslage erst durch Nachholen der formgültigen Bewilligung oder ihre Ersetzung durch ein auf Grund einer schuldrechtlichen Verpflichtung ergehendes Urteil herbeigeführt werden müßte, in der Zwischenzeit auch einen Schutz gegen die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren böte. Dieser Grund ist jedoch nicht stichaltig, da es sich hier nur darum handeln könnte, Mißbräuche und Gefahren eines solchen unrichtigen Buchstandes zu vermeiden, der ja gerade später richtig werden soll und durch die Einführung einer solchen Vorschrift eben sofort richtig würde. Es ist aber ein Widerspruch, sich gegen angebliche Gefahren eines Zustandes dadurch schützen zu wollen, daß man diesen legalisiert. Eine solche Vorschrift wäre aber nicht nur überflüssig, sondern hätte darüber hinaus die unerwünschte Folge, daß dadurch eine Umgehung der Formvorschrift für die Bewilligung begünstigt oder, nachdem dies allerdings infolge der formellrechtlichen Nachprüfungspflicht praktisch nur selten möglich wäre, zumindest ihre Bedeutung herabgemindert würde.

III, und zwar zum Teil auch aus diesem Grunde, als notwendig erkannt wurde.

e) Weiter könnte der hier vorgeschlagenen Neuerung entgegengehalten werden: Wenn die bisher nur formellrechtliche „Bewilligung" in die materiellrechtliche Einigung als deren einer Teil aufgenommen wird, sei es nicht mehr möglich, diese Einigung nach der Eintragung wirksam abzuschließen und damit eine Grundbucheintragung, die nur wegen eines Mangels oder Fehlens der Einigung unrichtig war, durch Nachholen der Einigung wieder mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu bringen; denn „bewilligen" könne man nicht schon Geschehenes[1]). Für die nachträgliche Einigung bestehe aber ein praktisches Bedürfnis.

Das Bedürfnis des Rechtslebens zur auch nachträglichen Vornahme der Einigung ist in der Tat voll anzuerkennen. Aber ein Hindernis hiergegen, das nur in der Bezeichnung der einen Vertragserklärung besteht, ist nur ein scheinbares. Denn es beruht ausschließlich auf dem Wortlaut und ist daher leicht dadurch zu beseitigen, daß man entweder statt „Bewilligung" einen entsprechenden, auch für nachträgliche Zustimmung passenden anderen Ausdruck wählt, etwa einfach „Zustimmung" oder „Einverständnis" usw. oder daß man sachlichrechtlich nur von „Einigung" spricht und grundbuchrechtlich den „Nachweis der Einigungserklärung des Berechtigten" (oder „Betroffenen") verlangt, oder aber — und dies wäre m. E. wegen der festen Einbürgerung des Wortes „Bewilligung" vorzuziehen — daß man ausdrücklich bestimmt, daß die „Bewilligung" in diesem Sinn auch nachträglich erfolgen kann. Es mag dies vielleicht sprachlich ungenau sein;

1) Vgl. auch Prot. III S. 3388/89; zwar handelt es sich dort, nicht wie hier um die Vereinigung der formellrechtlichen „Bewilligung" mit der materiellrechtlichen Einigung durch Aufnahme in diese als Teil derselben, sondern um die Beseitigung des Ausdrucks „Bewilligung" als Teil der anerkanntermaßen nur materiellrechtlich bedeutsamen Einigung; trotzdem ist das an dieser Stelle berührte Problem das gleiche wie hier.

dies ist aber hier nicht entscheidend, da es nicht darauf ankommt, daß sich die Rechtssprache immer ganz genau mit der sprachwissenschaftlich richtigen Ausdrucksweise deckt.

f) Nach geltendem Recht muß die Eintragungsbewilligung unbedingt und unbefristet sein, um eine sichere verfahrensrechtliche Grundlage für die Eintragung abgeben zu können[1]). Die Einigung kann aber (wenigstens im Regelfall; anders die Auflassung) auch bedingt oder befristet abgeschlossen werden. Deshalb könnte bei einer Verbindung beider Erklärungen das Bedenken auftauchen, ob die nunmehr einheitliche Erklärung wie die bisher nur materiellrechtlich wirkende Einigung bedingt sein kann oder ob sich die Bedingungsfeindlichkeit der letzteren nach geltendem Recht auf die die beiden bisherigen in sich schließende einheitliche Erklärung erstreckt. Daß ein und dieselbe Erklärung nicht zugleich bedingt und doch wieder nicht bedingt sein kann, ist offensichtlich. Andererseits ist aber auch sowohl das Interesse der Parteien an der Möglichkeit, die Rechtsänderung von Bedingungen oder Befristungen abhängig zu machen (vgl. oben S. 46ff.) als auch die Notwendigkeit unbedingter und unbefristeter Erklärungen als grundbuchrechtlicher Eintragungsvoraussetzungen anzuerkennen.

Dieser Widerspruch erweist sich als ein nur scheinbarer, wenn man bedenkt, daß ja nicht Rechtsänderungsvoraussetzungen und Eintragungsvoraussetzungen als solche einander gleichgestellt werden sollen, sondern nur die für den Eintritt der Rechtsänderung und die für die Zulässigkeit der Eintragung erforderliche Erklärung des Betroffenen zu einer einheitlichen vereinigt werden sollen. Die Voraussetzung der Rechtsänderung ist die Abgabe dieser Erklärung, die Voraussetzung der Eintragung in das Grundbuch ist der Nachweis dieser Erklärung. Es kann also sehr wohl die Bewilligungserklärung selbst unter einer Bedingung oder Befristung abgegeben werden, die Abgabe dieser bedingten oder befristeten Erklärung

1) Güthe-Triebel, § 19/53.

aber für das Grundbuchamt die unbedingte Voraussetzung der Eintragung enthalten; die bedingte Einigungserklärung enthält also dann zugleich die unbedingte Erklärung des Einverständnisses mit der Eintragung dieser bedingten Rechtsänderung in das Grundbuch[1]). Wenn dem Grundbuchamt eine, wenn auch bedingte, Einigungserklärung des Betroffenen nachgewiesen wird, darf es also ohne weiteres eintragen.

Es ist allerdings die Möglichkeit denkbar, daß nicht nur die Erklärung des Einverständnisses mit der Rechtsänderung bedingt oder befristet abgegeben wird, sondern zugleich in dieser Erklärung der Vorbehalt gemacht wird, daß auch die Eintragung der Rechtsänderung nur bedingt gewollt ist. Ein solcher Vorbehalt wäre unzulässig, und sein Einfluß auf die Erklärung im übrigen (ob also die Eintragung dann unbedingt oder überhaupt nicht gewollt ist) durch eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO klarzustellen.

Bedeutsamer erscheint der Einwand, daß die bedingte Abgabe der einheitlich materiell- wie formellrechtlich wirkenden Bewilligungserklärung in der irrigen Meinung geschehen kann, daß sich die Bedingung nicht nur auf die Rechtsänderung, sondern auch auf die Eintragung bezieht, ohne daß diese Ansicht des Betroffenen in der Erklärung selbst zum Ausdruck kommt. Es würde in diesem Fall nach dem oben Ausgeführten die Eintragung des bedingten Rechts ohne weiteres erfolgen, obwohl vielleicht der Betroffene unter diesen Umständen die Erklärung lieber jetzt überhaupt noch nicht abgegeben hätte. Es kann aber stets davon ausgegangen werden, daß er weiß, daß zur Verwirklichung der von ihm, wenn auch unter einer Bedingung, als gewollt beurkundeten Rechtsänderung die Eintragung überhaupt erforderlich ist, daß er sich also höchstens über den Zeitpunkt der Eintragung irrt, nicht

1) Auch für das geltende Recht hat das RG (in JW 1934 S. 282) die Zulässigkeit einer unbedingten Bewilligung zur Eintragung einer bedingten Rechtsänderung festgestellt.

dagegen über ihren Inhalt und ihre rechtliche Bedeutung. Da durch einen solchen Irrtum schutzwürdige Interessen aber nicht verletzt werden, kann auch dies kein entscheidender Gesichtspunkt gegen die hier in Frage stehende Erklärungsvereinigung sein.

3.

Aus all dem folgt somit als Ergebnis die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit eine Vereinigung der sachlichrechtlichen Einigungserklärung des durch eine dingliche Rechtsänderung Betroffenen und dessen verfahrensrechtlicher Eintragungsbewilligung zu einer einheitlichen, mit materiellen und formellen Rechtswirkungen zugleich ausgestatteten Erklärung; und zwar dies nicht nur derart, daß die eine der genannten, bisher getrennten Erklärungen in der anderen enthalten sein kann, sondern so, daß überhaupt, auch gedanklich, nur eine einzige, einheitliche Bewilligungserklärung aufrechterhalten wird. Nicht gleichgeschaltet werden damit allerdings die materiellen Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsänderung und die formellen Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung. Erstere bestehen neben der Eintragung in der Abgabe dieser Erklärung (und der entsprechenden des anderen Teils), letztere in dem Nachweis dieser Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Deshalb gehört die Erklärung ihrem eigentlichen Wesen nach, trotz ihrer zugleich formellrechtlichen Wirkungen, ausschließlich dem materiellen Recht an.

Darüber hinaus wurde festgestellt, daß die wegen der formellrechtlichen Wirkungen der Erklärung gebotene Formvorschrift nicht erst an ihren Nachweis, sondern schon an ihre Abgabe selbst geknüpft werden soll, wodurch die dingliche Einigung den Charakter eines einseitig formbedürftigen Vertrages gewinnt. Ebenso soll für die Fälle, in denen auch die Einigungserklärung des Begünstigten dem Grundbuchamt nachzuweisen ist und demgemäß auch diese zugleich materiell- wie formellrechtliche Bedeutung

hat, die aus diesem Grund erforderliche Formvorschrift ohne Einschränkung schon in das materielle Recht verlegt werden.

4.

a) Wenn demnach von den durch das Grundbuchamt zu prüfenden Eintragungsvoraussetzungen die Eintragungsbewilligung eine, wenn auch für das Grundbuchverfahren praktisch kaum ins Gewicht fallende Abwandlung ihrer bisherigen Gestalt erfährt, so bleiben doch die übrigen Eintragungsvoraussetzungen des geltenden Grundbuchrechts von dem hier vertretenen Vorschlag unberührt. Neben dem Nachweis der Einigungserklärung des Betroffenen, bzw. in den Fällen der Eigentumsübertragung und des Erbbaurechts auch der des Begünstigten, hat also das Grundbuchamt vor einer Eintragung wie bisher zu prüfen: das Vorliegen eines Eintragungsantrags, die Voreintragung des Betroffenen (mit den gleichen Ausnahmen wie im geltenden Recht) und bei Brief-Grundpfandrechten gemäß §§ 41, 42 GBO die Vorlegung des Briefes. Besonders zu bemerken ist noch, daß der Eintragungsantrag entsprechend dem geltenden Recht auch in dem Nachweis der Einigungserklärung enthalten und daß umgekehrt die Einigungserklärung in die äußere Form eines Eintragungsantrags gekleidet sein kann.

b) Man könnte daran denken, eine weitere rechtstechnische Vereinfachung dadurch zu erzielen, daß man auch die materiellrechtliche Einigungserklärung des Begünstigten mit dem Eintragungsantrag in gleicher Weise verbindet[1]), wie die Einigungserklärung des Betroffenen mit der Eintragungsbewilligung, indem die Eintragung durch den Nachweis der Einigungserklärung des Begünstigten beantragt würde[2]). Von dem im Rahmen des Abschnittes IV unter 4b (S. 65ff.) erörterten Vorschlag unterscheidet sich dieser dadurch, daß dort die Rechtsände-

1) So Krause, a.a.O., S. 325.

2) Vgl. auch oben IV, 4c (S. 68).

rungserklärungen beider Teile gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben waren und damit nicht nur, wie hier, sachlichrechtliche und verfahrensrechtliche Erklärungen vereinigt, sondern auch Rechtsänderungs- und Eintragungsvoraussetzungen gleichgestellt wurden.

Aber eine solche Verbindung des Eintragungsantrags mit der Einigungserklärung des Begünstigten wäre, im Gegensatz zu der oben unter 2 befürworteten, nur eine scheinbare und ist daher nicht zu empfehlen.

Zunächst besteht zwischen Einigungserklärung und Eintragungsantrag ein größerer grundsätzlicher und wesensmäßiger Unterschied als zwischen Einigungserklärung und Eintragungsbewilligung; denn die beiden letzteren Erklärungen sind stets rechtsgeschäftliche, wenn auch nach geltendem Recht die eine dem materiellen, die andere dem formellen Recht angehört; der Eintragungsantrag ist dagegen als solcher keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern eine reine Verfahrenshandlung[1]), wenn er auch in einer rechtsgeschäftlichen Erklärung mit enthalten sein oder neben seiner eigentlichen Funktion als Ersatz einer solchen dienen kann[2]), wie sich insbesondere auch aus § 30 GBO ergibt. Diese Möglichkeit zeigt auch, daß die verschiedene rechtliche Natur kein letztlich entscheidender Gegengrund gegen die erwähnte Vereinigung sein kann.

Ausschlaggebend ist vielmehr, daß aus einer solchen Vereinigung mit Notwendigkeit folgen würde, daß der Antrag immer nur vom Begünstigten ausgehen könnte, was aber in hohem Grade unzweckmäßig wäre. Im geltenden Recht und ebenso nach dem hier oben (2) vertretenen Vorschlag kann der Eintragungsantrag sowohl vom Begünstigten wie vom Betroffenen ausgehen, insbesondere mit der rechtsgeschäftlichen Bewilligungserklärung des letzteren verbunden werden. Wenn er aber mit der Einigungserklärung des Begünstigten verbunden werden würde, könnte er, da diese stets vorliegen muß, naturgemäß nur

1) Vgl. Bernhöft, Einigung . . . S. 25 Anm. 1.
2) RG 54/384, 385.

vom Begünstigten eingebracht werden (nämlich durch Nachweis seiner Einigungserklärung). Dadurch würde dieser stets zu einer Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt genötigt, was aber seinem Interesse an einer geringen oder wenigstens möglichst unbeschwerlichen Mitwirkung bei der Rechtsänderung widerspräche, zumal trotz grundsätzlicher Formlosigkeit des Antrags er mit Rücksicht auf seine Nachprüfbarkeit durch das Grundbuchamt zumindest in einem privaten Schriftstück niedergelegt oder zu Protokoll des Grundbuchamtes erklärt werden müßte[1]). Daher kann man auch nicht erwidern, der Begünstigte müsse ja doch stets seine Einigungserklärung abgeben und werde durch Vereinigung der Antragswirkung mit dieser nicht stärker belastet; denn wenn er diese Einigungserklärung dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen braucht, kann er sie auch völlig formlos, unter Umständen auch durch bloßes schlüssiges Verhalten abgeben. Auch das Grundbuchamt würde durch die Entgegennahme und Prüfung solcher Anträge mehr als bisher belastet; denn wenn es auch so stets einen Eintragungsantrag neben der Bewilligung entgegenehmen und sein Vorliegen nachprüfen muß, so ist doch zu bedenken, daß dieser im geltenden Recht nicht nur nicht immer vom Begünstigten ausgehen und infolgedessen eine eigene Mitteilung an das Grundbuchamt darstellen muß, sondern daß er in der Praxis in den meisten Fällen von Betroffenen in Verbindung mit der Bewilligung abgegeben wird.

Durch diese Folgen würden demnach die Vorteile des formellen Konsensprinzips weitgehend aufgehoben.

Lediglich in den Fällen des Legalitätsprinzips (§ 20 GBO) könnte man eher geneigt sein, eine solche Aenderung vorzunehmen, da die zuletzt angeführten Gesichtspunkte hier nicht entgegenstünden. Es bleibt aber hier immer noch der eingangs angegebene, wenn auch nicht entscheidende Grund der Unterschiedlichkeit der rechtlichen

1) Wie auch im geltenden Recht. Henke-Mönch, Grundbuchordnung § 13/5—§ 30/3a.

Natur und außerdem vor allem das Bestreben, für die einzelnen Fälle der Rechtsänderung keine größeren Unterschiede zu machen als unbedingt erforderlich ist.

c) Das oben gewonnene Ergebnis führt ferner zu der Frage, von wem die einheitlich materiell- wie formellrechtlich wirkende Erklärung des Betroffenen auszugehen hat, wenn wahrer Berechtigter und Buchberechtigter auseinander fallen. Im geltenden Recht muß die materielle Einigungserklärung stets vom wahren Berechtigten, die formelle Eintragungsbewilligung dagegen stets vom Eingetragenen ausgehen[1]). Für die einheitliche Bewilligungserklärung muß folgendes gelten: Da die Erklärung in erster Linie und ihrem eigentlichen Wesen nach dem materiellen Recht angehört, und nur als solche zugleich die Funktionen der bisherigen formellrechtlichen mit erfüllt, kann sie nur vom wahren Berechtigten ausgehen. Andernfalls könnte sie auch ihre Aufgabe, das rechtsgeschäftliche Einverständnis des durch die Rechtsänderung Betroffenen zum Ausdruck zu bringen und damit dessen Belangen zu dienen, überhaupt nicht erfüllen. Dem Grundbuchamt kann aber andererseits nicht zugemutet werden, nachzuprüfen, ob der Eingetragene — und nur dieser kann ihm zunächst bekannt sein — tatsächlich der wirklich Berechtigte ist; das Verfahren des Grundbuchamts würde dadurch zu schwerfällig werden. Aus demselben Grunde muß ja auch eine Nachprüfung sämtlicher Gültigkeitsvoraussetzungen der Rechtsänderung abgelehnt werden. Das Verfahrensrecht kann daher als Eintragungsvoraussetzung für den Grundbuchrichter nur den Satz aufstellen, daß er eintragen darf, wenn die Einigungserklärung desjenigen nachgewiesen wird, der als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Daß damit wiederum eine weitere Verschiedenheit in den Voraussetzungen der materiellen Rechtsänderung und der verfahrensrechtlichen Eintragung gegeben ist, ist, wie bereits wiederholt erwähnt, kein Widerspruch mit dem eigentlichen Ziel der vorgeschlagenen Neuerung, weil die

1) Vgl. Bernhöft, Einigung . . . S. 49ff.

Einheitlichkeit der Erklärungen als solcher davon nicht berührt wird. Wenn der Buchberechtigte nicht der wahre Berechtigte ist, wird die Unrichtigkeit des Grundbuchs allerdings dadurch nicht beseitigt; das ist aber auch in den entsprechenden Fällen des geltenden Rechts nicht der Fall. Die Unrichtigkeitsfälle des Grundbuchs werden aber durch die hier in Vorschlag gebrachte Rechtsgestaltung wenigstens insofern verringert, als eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht mehr aus dem Grund eintreten kann, daß Einigungserklärung und Bewilligungserklärung desselben Verfügenden inhaltlich voneinander abweichen.

d) Schließlich ist noch zu bemerken, daß durch die Formalisierung der Einigung schon nach materiellem Recht eine dem § 873 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift überflüssig wird. Die Einigung wird erst mit Erfüllung der Formvorschrift seitens des Betroffenen wirksam, ist aber dann auch unwiderruflich; die wirksame, aber nicht bindende Einigung entfällt (vgl. auch oben III, 3 k).

## VI. Soll in der dinglichen Rechtswirkung zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden?

In seiner wiederholt angeführten Abhandlung berührt Krause[1]) auch die Frage, ob in der dinglichen Rechtswirkung zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden soll[2]), d. h. ob die dingliche Rechtsänderung im Verhältnis zwischen den Beteiligten schon mit dem Abschluß des jeweils neben der Eintragung für den Eintritt der Rechtsänderung maßgeblichen Rechtsgeschäfts, im Verhältnis zu Dritten aber erst mit der Eintragung eintreten soll, sodaß die Eintragung nur noch „rechtsbestärkende" Wirkung hätte. Als das für das Innenverhältnis entscheidende Rechtsgeschäft käme hierbei im Falle der

1) Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts in Arch. civ. Pr. 145 S. 325.

2) Dafür Dulckeit, Rechtsbegriff und Rechtsgestalt, S. 107 ff. u. derselbe: Das Bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung, in DRW 1939, S. 358/359 Anm. 15.

Ablehnung eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts, wie sie Krause vertritt, das obligatorische Grundgeschäft in Frage; es wäre damit also dem reinen Vertragsprinzip ein weiteres Zugeständnis gemacht. Auch im Fall des hier vertretenen Einigungsprinzips wäre eine solche Trennung von Innen- und Außenwirkung an sich durchführbar, indem die Rechtsänderung im Innenverhältnis schon mit dem Abschluß der dinglichen Einigung eintrete[1]).

Damit würden die bisher vorausgesetzte Gestaltung der dinglichen Rechtsänderung und die Wirkung und Bedeutung des dinglichen Rechtsgeschäfts eine Aenderung erleiden, die ein näheres Eingehen auf diese Möglichkeit auch im Rahmen des hier zu erörternden Themas rechtfertigt und erfordert.

1.

In der Tat sprechen einige Gesichtspunkte für einen schon mit der Einigung allein eintretenden Rechtsübergang im Innenverhältnis.

a) Nach dem regelmäßig anzunehmenden Willen der Beteiligten kommt es im Verhältnis zwischen ihnen für den Zeitpunkt der Rechtsänderung entscheidend nur auf die zwischen ihnen abgeschlossenen Verträge an; wenn unter diesen auch der obligatorische Vertrag den Beteiligten noch wichtiger erscheinen mag, als die dingliche Einigung, so wird doch ein mit dieser Einigung eintretender Rechtsübergang im Innenverhältnis ihrem Willen immer noch besser Rechnung tragen als ein erst mit der Eintragung eintretender. Denn die zwischen den Beteiligten selbst vorgenommenen Rechtsakte sind die einzige materiellrechtliche Voraussetzung der Rechtsänderung, auf die sie selbst einen unmittelbaren Einfluß haben; auf die zur endgültigen Herbeiführung der Rechtsänderung noch erforderliche Eintragung haben sie nur mittelbar, durch Nach-

1) In dem Ausnahmefall der der Eintragung nachfolgenden Einigung würde dann der Rechtsübergang im Außenverhältnis früher eintreten als im Innenverhältnis.

weis der materiellrechtlichen Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und durch den Eintragungsantrag, einen Einfluß und dieser wird auch schon in einem früheren Zeitpunkt ausgeübt als die Eintragung selbst erfolgt.

Insbesondere werden in dem oft mehrere Monate dauerndem Zeitraum zwischen Auflassung und Eintragung die Beteiligten untereinander die Rechtsänderung, in der Regel wenigstens, insofern vorwegnehmen, als sie die Besitzübergabe und die Nutzungs- und Lastenverteilung nach dem Zeitpunkt der Auflassung oder einem anderen vertraglich festgesetzten Zeitpunkt, ohne Rücksicht auf die Eintragung bestimmen.

b) Außerdem betreffen alle Erwägungen, die für eine konstitutive Wirkung der Eintragung sprechen (siehe oben Abschnitt I) entweder Gemeinschaftsinteressen oder das Verhältnis der Parteien zu Dritten, nicht aber berühren sie die Beziehungen der Beteiligten untereinander. Diese Funktionen der Eintragung würden also durch eine Abschwächung der Eintragungswirkung zu einer „rechtsbestärkenden" in dem hier gedachten Sinn nicht beeinträchtigt.

c) Fällt der Veräußerer eines Grundstückes nach der Auflassung, aber vor der Eintragung in Konkurs, und hat der Erwerber den Kaufpreis bereits bezahlt (was in der Regel bei der Auflassung geschieht), so ist er hinsichtlich des Kaufpreises auf die Konkursdividende angewiesen. Wenn dagegen das Eigentum im Innenverhältnis schon mit der Auflassung übergegangen wäre, wäre der Vertrag beiderseits vollständig erfüllt und der Erwerber könnte dann zwar nichts vom Kaufpreis zurückverlangen, könnte aber dafür das Grundstück behalten.

2.

Dem stehen jedoch sehr beachtliche Gründe gegen eine Trennung der Rechtsübergangszeitpunkte für Innen- und Außenverhältnis entgegen.

a) Eine Verschiedenheit der zwischen den beteiligten Parteien und der im Verhältnis zu Dritten bestehenden

dinglichen Rechtsverhältnisse würde zu einer Kompliziertheit des Grundbuchrechts und zu rechtlichen Verwicklungen oder wenigstens zu nahen Möglichkeiten solcher Verwicklungen führen, die nur durch ganz besonders wichtige Gründe für eine Trennung beider Rechtswirkungen gerechtfertigt werden könnten. Die dafür angeführten Gründe sind aber nicht so bedeutungsvoll, daß sie die hohen Rechts- und Gemeinschaftswerte der Rechtsklarheit und möglichsten Rechtseinfachheit überwiegen könnten.

b) Bei einer die Belange der Gemeinschaft so stark und unmittelbar berührenden Angelegenheit wie der Rechtsänderung an Grundstücken kann dem Parteiwillen oder gar den Parteianschauungen keine ausschlaggebende Bedeutung zuerkannt werden.

Dies gilt auch dann, wenn durch eine Berücksichtigung des Parteiwillens, wie die hier in Frage stehende, Gemeinschaftsbelange nicht unmittelbar beeinträchtigt werden würden.

c) Schließlich ist auch der oben unter 1 c angeführte Grund nicht stichhaltig. Denn einmal muß im Konkurs jeder Vertragspartner des Gemeinschuldners Opfer und Unzuträglichkeiten auf sich nehmen. Diese allgemeine Gefahr wird durch die auch im Innenverhältnis rechtsbebegründende Wirkung der Buchung nicht über das allgemeine Maß hinaus erhöht. Ueberdies kann sich der Erwerber dadurch schützen, daß er bei Bezahlung des Kaufpreises eine Vormerkung eintragen läßt, sodaß er dann im Konkurs Erfüllung verlangen kann (§ 24 KO). Der Vorschlag Krauses[1]) einer entsprechenden Aenderung des Konkursrechts für diesen Fall (in Frage käme wohl eine Ausgestaltung als Massesschuld) ist daher überflüssig.

3.

Eine Trennung der dinglichen Rechtswirkung für Innen- und Außenverhältnis kann somit nicht befürwortet werden[2]).

1) Krause, a.a.O., S. 326 oben.
2) Zu diesem Ergebnis kommt auch Krause, a.a.O.

## VII. Sondervorschriften für einzelne dingliche Rechtsänderungen.

Die bisherigen Betrachtungen über die Notwendigkeit der Einigung und ihre nähere Ausgestaltung haben sich grundsätzlich auf alle dinglichen Rechtsänderungen bezogen. Wie aber im BGB der allgemeine Grundsatz des § 873 für einzelne Arten dinglicher Rechtsänderungen durch Sondervorschriften Abwandlungen erfährt, so erscheint es auch hier angezeigt, zu untersuchen, ob die hier vertretenen Grundsätze und die angeführten Gründe und Gegengründe, sowie die gewonnenen Ergebnisse ausnahmslos für alle Fälle dinglicher Rechtsänderung gelten können oder ob in besonderen Fällen Ausnahmen oder Ergänzungen nötig sind und im Zusammenhang damit zu prüfen, ob und inwieweit gegenwärtig geltende Besonderheiten aufrecht erhalten bleiben können und sollen.

### 1. Eigentumsübertragung.

#### A. Allgemeines.

Vor allem kommen solche Besonderheiten für den wichtigsten Fall einer dinglichen Rechtsänderung, die Eigentumsübertragung, in Frage[1]).

In vielen Fällen wurde schon in den vorangehenden Einzelausführungen auf Besonderheiten für den Fall der Eigentumübertragung hingewiesen, insbesondere wenn es sich nur darum handelte, daß ein einzelner Grund oder Gegengrund hierfür entweder nicht anwendbar oder von besonderer Bedeutung war. Diese Gesichtspunkte sollen hier nicht wiederholt, sondern es soll nur hiermit darauf Bezug genommen werden.

Die wichtigste Sonderfrage bei der Eigentumsübertragung im Vergleich mit sonstigen dinglichen Rechtsände-

1) Selbstverständlich unter Beschränkung auf die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung, da ja in dieser Arbeit überhaupt nur von rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen die Rede ist.

rungen ist die Frage der Form des dinglichen Rechtsgeschäftes.

## B. Die Formfrage insbesondere.

### I. Grundsätzliches.

Vor dem Eingehen auf die Form des dinglichen Eigentumsübertragungsgeschäfts ist wegen des engen Zusammenhangs festzustellen, daß für den auf eine Eigentumsübertragung gerichteten obligatorischen Vertrag auch weiterhin an der Form des § 313 BGB festzuhalten ist und zwar sowohl bei abstrakter wie bei kausaler Gestaltung der Uebereignung. Ob allerdings die „gerichtliche oder notarielle" Beurkundung vielleicht durch eine nur notarielle (oder, wie das Aktiengesetz sagt, „notarische") ersetzt werden soll, kann hier dahingestellt bleiben.

Soweit nicht ein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft die obligatorische Grundlage der Eigentumsübertragung bildet, kommt jedenfalls für das Testament die dafür geltende Formvorschrift in Betracht; ob in den Fällen der Stiftung und der Auslobung die Form des § 81 bezw. des § 657 oder die des § 313 vorgeht [1]), braucht hier nicht entschieden zu werden.

Für die dingliche Einigung selbst ist grundsätzlich festzustellen, daß für sie in diesem Fall nicht nur die Formlosigkeit, sondern auch die für den Regelfall der Einigung in dieser Arbeit vorgeschlagene Form der öffentlichen Beglaubigung der Einigungserklärung des Betroffenen nicht genügt. Vielmehr ist wegen der großen Bedeutung des Eigentums und der Eigentumsübertragung [2]) auch für die Einigungserklärung des Erwerbers eine Form vorzuschreiben [3]), wie auch im formellen Grundbuchrecht an die Stelle des formellen Konsensprinzips das Legalitätsprinzip,

1) Vgl. Staudinger-Riezler, 10. Aufl., § 81/2; Planck-Kroke, 4. Aufl., § 81/4; Staudinger-Werner, 9. Aufl. § 313 A II, 4; Planck-Siber, 4. Aufl., § 313/1 a

2) Vgl. oben IV, 1 a.

3) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung, S. 51.

d. h. der Nachweis der vollen Einigung als Voraussetzung der Eintragung treten muß[1]), da in diesem Fall auch die zwar praktisch seltenen, aber immerhin möglichen Fälle ausgeschaltet werden müssen, in denen das Grundbuch wegen fehlenden Einverständnisses des Erwerbers oder wegen eines sonstigen Mangels der Einigung, der sich aus der Erklärung des Betroffenen allein nicht ergibt, unrichtig würde.

Fraglich kann nur sein, ob die Auflassungsform des geltenden Rechts, d. h. die Abgabe der Einigungserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Grundbuchamt (§ 925 BGB), Notar (§ 1 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34), Gericht (§ 1 der zweiten VO über Auflassungen vom 9. 1. 1940), oder einer sonstigen nach Landesrecht zuständigen Stelle (Art. 143 EGBGB) beibehalten werden soll oder ob sie in stärkerer Anlehnung an den Regelfall durch öffentliche Beglaubigung der Einigungserklärungen beider Teile ersetzt werden kann und soll.

Die Frage der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile wird zunächst zurückgestellt (darüber unten III, 1) und im folgenden die Formfrage im übrigen näher untersucht.

## II. Beibehaltung der bisherigen Auflassungsform oder Ersetzung durch öffentliche Beglaubigung der beiden Einigungserklärungen?

### 1.

a) Die geltende Auflassungsform kann deshalb als überflüssig erscheinen, weil die für ihre Einführung maßgeblichen und zweifellos sehr bedeutsamen Formzwecke schon anderweitig genügend wahrgenommen werden. Soweit sie nämlich Feierlichkeits-, Warnungs- und Beratungszwecken dient, werden diese schon durch die Form des § 313 BGB, die, wie erwähnt, beizubehalten ist, erfüllt[2]);

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung S. 51.

2) Deren Einhaltung wiederum wird durch § 2 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34 gewährleistet; (Weiteres über die Bedeutung dieser Vorschrift in diesem Zusammenhang unten b).

soweit sie Offenkundigkeits-, Ueberwachungs- und Vollendungszwecken dient, werden diese auch durch die Grundbucheintragung erfüllt[1]); der Beweiszweck endlich kann durch die öffentliche Beglaubigung ebensogut erfüllt werden, es sei denn, man hätte Grund zu der Annahme, daß hier die Fälschungs- oder Täuschungsmöglichkeiten größer seien; dies trifft aber wohl nicht oder doch höchstens in so geringem Maße zu, daß dies allein eine stärkere Form, bei der diese Gefahren ja auch nie gänzlich ausgeschaltet werden können, nicht rechtfertigen könnte.

b) Außer den eben genannten Formzwecken ist mit der Auflassung (in Verbindung mit der Eintragung) nach geltendem Recht gemäß § 313 S. 2 BGB noch die Heilungswirkung für Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts verbunden. Es wäre möglich, daß diese Funktion der Auflassung die Beibehaltung ihrer jetzigen Form erfordern und damit deren Ersetzung durch beiderseitige öffentliche Beglaubigung entgegenstehen würde. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn die Notwendigkeit dieser Heilungsfunktion überhaupt feststeht. Diese Frage aber bräuchte nicht geprüft, sondern es könnte die erste sofort verneint werden, wenn die Heilungswirkung, die jetzt an die Auflassung des § 925 BGB geknüpft ist, ebenso auch mit der öffentlichen Beglaubigung der ganzen Einigung, beide Male neben der Eintragung, verbunden werden könnte.

Hängt also die Heilung von Formmängeln des auf Eigentumsübertragung gerichteten Verpflichtungsgeschäfts durch Auflassung und Eintragung nach § 313 S. 2 BGB unbedingt von der Auflassungsform des § 925 BGB (und der Verordnungen vom 11. 5. 34 und 9. 1. 40) ab?

Die Heilung von Mängeln der Form des § 313 BGB und damit die Umgehung der wichtigen Zwecke dieser

---

Auf die Entbehrlichkeit der Aufflassung schon aus diesem Grund weist Lange in Arch. civ. Pr. 145 S. 369/70 (Bespr. v. Triebel, Materielles Grundbuchrecht) hin.

1) Vgl. dazu Locher, Grundbuchverfassung, S. 50.

Form war bisher deshalb möglich (über die weitgehende praktische Ausschaltung dieser Heilungsmöglichkeit durch § 2 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34 siehe unten), weil diese Zwecke größtenteils zugleich auch durch die Auflassungsform wahrgenommen werden. Als solche den beiden Formvorschriften gemeinsame Zwecke kommen in Frage (vgl. auch oben a, S. 99) die Bekundung der Bedeutsamkeit des Ereignisses, die Warnung des Veräußerers vor übereilten und unbedachten Geschäften und die Möglichkeit einer zweckmäßigen Beratung der Beteiligten. Der Beweiszweck des gerichtlich oder notariell beurkundeten Verpflichtungsgeschäfts entfiel dagegen im Fall der Heilung der mangelnden Form des § 313 schon bei der bisherigen Regelung (der Beweiszweck des Verfügungsgeschäfts ist hier ein anderer). Dieser Mangel kann daher jedenfalls kein Grund für die bisherige Art der Heilungswirkung nach § 313 S. 2 sein. Die anderen genannten Aufgaben der Form des § 313 aber können außer durch Einhaltung dieser Vorschrift selbst ersatzweise nur durch die Auflassung in der Form des § 925 (oder der entsprechenden Ersatzformen der Verordnungen vom 11. 5. 1934 und 9. 1. 1940) erfüllt werden und nicht durch die Form der öffentlichen Beglaubigung der beiden Einigungserklärungen. Wenn eine Erklärung ihrem ganzen Inhalt nach vor einer Behörde abgegeben werden muß, wird dadurch die Bedeutung dieser Erklärung viel stärker unterstrichen, als wenn nur die Unterschrift unter eine fertige Erklärung als echt bestätigt zu werden braucht. Aus diesem Grund ist auch die Warnungsfunktion bei öffentlicher Beglaubigung geringer und die Beratungsmöglichkeit ist ebenfalls dann größer, wenn sie schon auf die Formulierung der Erklärung selbst einwirken kann, als wenn sie erst bei der Unterschrift von inhaltlich abgeschlossenen Erklärungen wirksam wird; abgesehen davon bürgt die vielfach landesrechtlich erweiterte Zuständigkeit für öffentliche Beglaubigungen nicht so sehr für zweckentsprechende Beratung als die in der Regel auf für

eine solche Beratung geeignete Stellen beschränkte Auflassungsform. Die Beweisfunktion der Form des § 313 wird aber durch die öffentliche Beglaubigung des Verfügungsgeschäfts ebensowenig erfüllt wie durch dessen Abschluß vor Grundbuchamt, Notar oder Gericht.

Die Heilung von Formmängeln des notariellen Kaufvertrags durch (Eintragung und) öffentliche Beglaubigung der Einigungserklärungen ist also nicht angängig. Eine solche Heilung kann vielmehr nur durch die Auflassung in ihrer jetzigen Form erfolgen.

Ein Grund für Beibehaltung dieser Auflassungsform ist dies aber, wie gesagt, nur, wenn die Notwendigkeit einer solchen Heilung von Formmängeln des Verpflichtungsvertrags überhaupt feststeht.

Die Heilungsmöglichkeit wird im geltenden Recht in ihrer Bedeutung weitgehend durch § 2 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34 zurückgedrängt. Macht diese Vorschrift die Heilungsfunktion der Auflassung aber überhaupt überflüssig?[1])

Dem stehen beachtliche Bedenken entgegen: § 2 der VO über Auflassungen ist nur eine Ordnungsvorschrift. Wird sie verletzt, ohne daß die Auflassung Heilungswirkung für einen etwaigen Formmangel des Verpflichtungsgeschäfts hat, so ergeben sich daraus unerwünschte Folgen: Bei abstrakter Gestaltung der Uebereignung entstehen, weil dann das Eigentum ohne Rücksicht auf den Mangel des Verpflichtungsgeschäfts übergeht, Bereicherungsansprüche, die 30 Jahre lang eine unklare Rechtslage schaffen können, zumal der Formmangel oft nicht sicher erkannt werden wird; bei kausaler Gestaltung der Uebereignung geht dann zwar das Eigentum nicht über, aber die Grundbucheintragung würde auf Grund der Auflassung doch erfolgen, und damit das Grundbuch unrichtig werden (was allerdings dann weniger eine Folge der Verletzung jener Vorschrift als eine der kausalen Gestaltung des dinglichen

1) So Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145 Seite 323.

Rechtsgeschäfts als solcher eigentümliche Folge wäre, die aber doch gerade hier besondere Bedeutung hätte). Dieses Bedenken kann aber durch den Einwand abgeschwächt werden, daß eine Verletzung der erwähnten Vorschrift äußerst selten sein wird und noch seltener ein Zusammentreffen einer solchen Verletzung mit einem sachlichen Mangel des Verpflichtungsvertrags. Nicht entkräften kann dieses Bedenken allerdings die Möglichkeit, die erwähnte Ordnungsvorschrift zu einer zwingenden Vorschrift auszugestalten; denn im Falle ihrer Verletzung und eines gleichzeitigen sachlichen Mangels des Verpflichtungsgeschäfts würde sich bei kausaler Gestaltung der Uebereignung nichts an dem oben erwähnten Nachteil der Unrichtigkeit des Grundbuchs ändern und bei abstrakter Gestaltung würde dieser gleiche Nachteil an die Stelle der sonst, bei nicht zwingender Natur der in Frage stehenden Vorschrift, eintretenden Bereicherungsansprüche treten.

Ein weiteres Bedenken gegen die vollständige Ersetzungsmöglichkeit der Heilungswirkung der Auflassung durch § 2 der VO über Auflassungen vom 11. 5. 34 besteht darin, daß auf Grund dieser Vorschrift durchaus nicht alle Formmängel des § 313 entdeckt und infolgedessen beseitigt werden können, und zwar abgesehen von den oben erwähnten praktisch verschwindend geringen Fällen einer versehentlichen Verletzung jener Ordnungsvorschrift. Durch § 2 der VO über Auflassungen werden vor allem die Fälle erfaßt, in denen das Verpflichtungsgeschäft überhaupt nicht oder nicht in der richtigen Form beurkundet ist; dagegen nicht die Fälle, in denen es unvollständig oder mit einem von den tatsächlichen Vereinbarungen abweichenden Inhalt beurkundet ist[1]). In diesen letzteren Fällen ist der die Auflassung entgegennehmenden Stelle der Formmangel nicht ersichtlich und behält daher die Heilungsfunktion der Auflassung trotzdem noch ihre Bedeutung. Aber auch dieses Bedenken verliert bei näherer Betrachtung an Bedeutung: Es handelt sich, wie erwähnt,

1) Lange, Boden, Ware und Geld, II S. 122.

einmal um die Fälle unvollständiger Beurkundung, wenn also in dem notariellen Vertrag nicht alle vereinbarten Nebenabreden beurkundet werden. Ein solcher Fall wird deshalb selten vorkommen, weil der beurkundende Notar auf die vollständige Erklärung aller Vereinbarungen hinwirken wird. Abgesehen davon ist aber die Heilung nicht beurkundeter Nebenabreden durch Auflassung und Eintragung aus Gründen der Rechtsklarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs durchaus nicht immer erwünscht. Der Einfluß der Formnichtigkeit solcher Nebenabreden auf den ganzen Vertrag ergibt sich dann aus § 139 BGB. Der weitere Hauptfall, in dem die Heilungsfunktion der Auflassung trotz § 2 der Auflassungsverordnung Bedeutung erhält, ist der, daß ein formrichtig beurkundeter Kaufvertrag als Scheingeschäft nichtig ist, aber dadurch ein wirklich gewollter, jedoch nicht beurkundeter Vertrag verdeckt wird, (§ 117 Abs. 2 BGB), dessen Formmangel dann geheilt wird, also hauptsächlich der Fall des sog. „Schwarzkaufes“ (in der Urkunde wird aus Steuerhinterziehungsgründen ein zu niedriger Kaufpreis angegeben). § 2 der Auflassungverordnung kann hier seinen Zweck deshalb nicht erfüllen, weil die Kenntnis des Formmangels des wirklich gewollten Vertrags durch die Beurkundung des Scheingeschäfts verhindert wird.

Diese Fälle sind aber deshalb kein Grund für die Entbehrlichkeit der Heilungswirkung der Auflassung, weil bei ihnen die Heilung sogar unerwünscht ist, da ein entsprechendes Schutzbedürfnis der Beteiligten fehlt. Im Gegenteil würde der Veräußerer, wenn er weiß, daß er den tatsächlich vereinbarten, aber nicht beurkundeten höheren Kaufpreis nicht mehr mit rechtlichem Zwang verlangen kann, zur Angabe des wahren Kaufpreises veranlaßt werden, was sowohl aus rechtsethischen wie aus steuerfiskalischen Gründen erwünscht ist; denn wenn auch der tatsächlich vereinbarte höhere Kaufpreis steuerpflichtig ist, so wird er meist doch deshalb nicht besteuert, weil die Steuerbehörde keine Kenntnis von der Simulation erhält.

Zusammenfassend kann somit die Frage, ob die Heilungswirkung der Auflassung wegen § 2 der VO über Auflassungen entbehrlich ist, trotz einiger Bedenken grundsätzlich bejaht werden.

Wenn also die Heilungsfunktion gemäß § 313 S. 2 BGB auch an die bisherige Auflassungsform gebunden ist, so ist dies doch deshalb kein Grund für die Aufrechterhaltung dieser Auflassungsform, weil diese Heilungsfunktion, unter der Voraussetzung der Beibehaltung einer dem § 2 der VO über Auflassungen entsprechenden Vorschrift, selbst überflüssig ist.

Allerdings ist mit all dem nur die Entbehrlichkeit der Auflassungsform und infolgedessen die Möglichkeit ihrer Ersetzung durch öffentliche Beglaubigung der beiden Einigungserklärungen dargetan, nicht aber sind dadurch eigentliche Nachteile der Auflassungsform bewiesen, es sei denn, daß man in der Möglichkeit, sie durch eine einfachere Form zu ersetzen, schon an sich einen Grund gegen sie sieht.

2.

Eine ausreichende Begründung für die Beseitigung der bisherigen Auflassungsform ist dies aber umsoweniger, als den wenigen und schwachen Gründen für ihre Entbehrlichkeit mehrere bedeutsame Gründe für ihre Beibehaltung gegenüberstehen; und zwar sowohl selbständige Gründe hierfür (unten c—g) als auch Gegengründe gegen die für ihre Entbehrlichkeit angeführten Gesichtspunkte (a, b).

a) Wenn die Formzwecke des § 925 auch fast vollständig von den, sowieso beizubehaltenden Formen des § 313 und der Grundbucheintragung mit wahrgenommen werden und die Form des § 925 daher entbehrlich erscheinen kann, so ist doch in Anbetracht der hohen Bedeutung dieser Formzwecke ihre doppelte Sicherung und damit die Verstärkung ihrer Wirkung nicht nur kein Nachteil, sondern sogar durchaus wünschenswert. Ueberdies würden

sie bei nicht rechtsgeschäftlichem, sondern gesetzlichem Verpflichtungsgrund zur Eigentumsübertragung gänzlich entfallen, wenn für diese nur öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben wäre; denn daß die öffentliche Beglaubigung die Formzwecke des § 925 nicht erfüllen kann, wurde oben (S. 102) gezeigt.

b) Daß der an sich wohl möglichen Beseitigung der Heilungswirkung der Auflassung für Formmängel des Verpflichtungsvertrags immerhin einige nicht völlig auszuräumende Bedenken entgegenstehen, ergab sich schon aus Punkt 1b oben. Wenn die dadurch entstehenden Nachteile auch verhältnismäßig gering sind und wenn nötig in Kauf genommen werden könnten, so sind doch andererseits auch die daraus erwachsenden Vorteile ohne besondere Bedeutung und leicht entbehrlich. Auch der zweite der für die Ueberflüssigkeit der Auflassungsform angeführten Gründe kann daher nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

c) Würde für die zur Eigentumsübertragung erforderliche Einigung die öffentliche Beglaubigung genügen, so würde damit, da an der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts jedenfalls festzuhalten ist, diesem eine wichtigere und stärkere Form zukommen als dem für den Eintritt der Rechtsänderung letztlich entscheidenden Verfügungsgeschäft. Dies wäre jedoch unnatürlich, da sich in der Form eines Rechtsgeschäfts auch dessen innere Bedeutung und in dem Verhältnis von Formvorschriften zueinander auch das Verhältnis der Wichtigkeitsgrade der entsprechenden Rechtsgeschäfte widerspiegeln soll.

d) Wie der eben genannte, so spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt weniger mit Rücksicht auf einzelne Vorzüge oder Nachteile in den praktischen Auswirkungen, als aus allgemeinen und rechtsgrundsätzlichen Erwägungen für die Beibehaltung der Auflassungsform. Die Neigung zu möglichst weitgehender Formfreiheit oder wenigstens zur möglichsten Abschwächung als unbequem empfunde-

ner Formvorschriften ist eine Wirkung liberalistischen Geistes. Wie jeder völkische Ordnungsbereich, so bedürfen auch das Rechtsleben und der Rechtsverkehr, und diese sogar ganz besonders, bestimmter und mitunter auch strenger Formen, um eine sichere und vollkommene Erfüllung ihrer Aufgaben zu gewährleisten und eine Ueberwachung dieser Erfüllung zu ermöglichen. Ganz besonders aber muß dieser Grundsatz im Bodenrecht gelten, da dieses mit am stärksten von Gemeinschaftsbelangen bestimmt wird[1]).

e) Auch die Tatsache, daß die Auflassung als besondere, feierliche Eigentumsübertragungsform geschichtlich auf deutschrechtlichen Grundlagen beruht und auf alte, schon im ältesten deutschen Recht gebräuchliche Rechtsformen (sala, exfestucatio) zurückgeht, spricht mit für ihre Beibehaltung[2]); ferner, daß sie in ihrer heutigen Form oder einer der heutigen ganz ähnlichen Form schon seit langem eingebürgert ist[3]) und weithin in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist.

f) Schließlich kann gegen die Auflassungsform nicht geltend gemacht werden, sie verursache den Beteiligten erhebliche Mühen und Kosten, die bei nur öffentlicher Beglaubigung ihrer Erklärungen entfallen würden. Denn einmal ist auch für die öffentliche Beglaubigung der Gang zu einer Behörde nicht zu vermeiden. Sodann wählen die meisten rechtsunkundigen Parteien erfahrungsgemäß in vielen Fällen, in denen nach geltendem Recht an sich Formfreiheit oder (aus formellrechtlichen Gründen) öffentliche Beglaubigung einer Erklärung erforderlich ist (z. B. bei der Hypothekenbestellung), ohnehin freiwillig die Form

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung, S. 51.

2) Ein näheres Eingehen auf diese geschichtlichen Grundlagen ginge über den Rahmen dieser Ausführungen hinaus. Vgl. z. B. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., S. 267 ff. u. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 256 ff.

3) In Preußen seit dem Eigentumserwerbsgesetz vom 5. V. 1872 (§ 2); auch die meisten anderen norddeutschen Länder erließen gleiche oder ähnliche Vorschriften; vgl. Mot. III S. 313/314.

der notariellen Beurkundung und es wäre daher auch bei einer entsprechenden Neuregelung für die Auflassung das gleiche zu erwarten. Vor allem aber bedeutet dann, wenn der Verpflichtungsvertrag und die dingliche Einigung unmittelbar nacheinander abgeschlossen werden, wie es in der Regel geschieht, die Entgegennahme und Beurkundung der Auflassung gleichzeitig mit der Beurkundung des Verpflichtungsvertrags keinerlei Mehrbelastung für die Beteiligten und wird auch jetzt nicht als solche empfunden; nicht einmal Mehrkosten entstehen dadurch (§ 38 Abs. 1 KostO). Wenn beide Geschäfte aber zeitlich getrennt vorgenommen werden und deshalb für die Auflassung besondere Kosten entstehen, so ist zu bedenken, daß dies bei der öffentlichen Beglaubigung ja auch der Fall ist und zwar stets, weil dabei eine Verbindung mit dem notariellen Verpflichtungsgeschäft überhaupt nicht in Frage kommt und außerdem für jede der beiden Erklärungsunterschriften, sodaß trotz an sich niedrigerer Gebührensätze für die Beglaubigung auch im Kostenpunkt kein wesentlicher Unterschied besteht (vgl. dazu § 31 Abs. 1 Z. 6 und § 39 KostO).

3.

Als Ergebnis der in diesem Teilabschnitt untersuchten Frage kann somit festgestellt werden, daß für die dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung an einem Grundstück wie bisher die Abgabe der beiderseitigen Erklärungen vor Grundbuchamt, Notar oder Gericht erforderlich und eine Ersetzung dieser Form durch öffentliche Beglaubigung der beiden Einigungserklärungen abzulehnen ist.

III. Besonderheiten der Auflassungsform.

Außer der Feststellung der grundsätzlichen Beibehaltung einer dem § 925 BGB entsprechenden Form überhaupt sind für die vollständige Klärung der Formfrage noch einige mit dieser Form zusammenhängende Besonderheiten auf ihre Berichtigung oder zweckmäßigere Gestaltungsmöglichkeit zu prüfen.

1.

Trotz Entscheidung für die Auflassungsform in Gestalt der Abgabe der Einigungserklärungen vor Grundbuchamt, Notar oder Gericht kann es zunächst zweifelhaft erscheinen, ob außerdem auch das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile aufrechterhalten werden soll [1]).

Dagegen könnten die leichte und häufig benutzte Umgehungsmöglichkeit dieses Grundsatzes durch Bevollmächtigung des einen Teils durch den andern, Nichterscheinenden sowie der in dem Wegfall der gegenseitigen zeitlichen Gebundenheit der Beteiligten liegende Vereinfachungsvorteil sprechen.

Die Beibehaltung jenes Erfordernisses ist jedoch aus folgenden Gründen zu befürworten: Es dient der Rechtssicherheit, wenn die Beteiligten wissen, zu welchem Zeitpunkt die Einigung zustandegekommen und damit ihre dingliche Gebundenheit eingetreten ist, und zwar liegt es in ihrem Interesse von diesem Zeitpunkt sofort mit seinem Eintritt Kenntnis zu erhalten. Bei Abgabe der Erklärungen zu verschiedenen Zeiten weiß aber der zuerst Erklärende nicht, ob und wann der andere Teil durch seine Erklärung die Auflassung vollenden wird.

Bei gleichzeitiger Anwesenheit hat außerdem der Notar oder der Grundbuch- oder Prozeßrichter eher als bei zeitlich getrenntem Erscheinen der Parteien die Möglichkeit, etwa noch bestehende Mängel der Willensübereinstimmung zu klären und auch die Parteien auf zu beachtende öffentlichrechtliche Gesichtspunkte hinzuweisen und, wenn nötig, darüber unter ihnen bestehende Unklarheiten durch Herbeiführung einer Aussprache zu beseitigen.

Auch die möglichen Durchbrechungen der Vorschrift gleichzeitiger Anwesenheit stehen dem nicht entgegen: Im Fall des § 894 ZPO wird dem öffentlichen Interesse schon durch die Urteilsform genügt und auch der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erklärung des zu ihrer Ab-

1) Locher, Grundbuchverfassung, S. 51.

gabe rechtskräftig Verurteilten ist hier den Beteiligten bekannt; soweit der Verurteilte den genauen Zeitpunkt der etwa später abgegebenen Einigungserklärung des anderen Teils nicht sofort erfährt, werden dadurch keine schutzwürdigen Interessen verletzt. Im Fall der landesrechtlich zugelassenen Ausnahmen für gerichtliche oder notarielle Versteigerung (Art. 143 Abs. 2 EGBGB) wird das öffentliche Interesse durch die Form der Versteigerung hinreichend gesichert, für die Parteien aber kann die Ausnahme hier wegen der in solchen Fällen regelmäßig sehr geringen Größe der Grundstücke in Kauf genommen werden. Bei einer absichtlichen Umgehung der Vorschrift gleichzeitiger Anwesenheit durch Auflassungsvollmacht des Veräußerers an den Erwerber oder umgekehrt, sind allerdings, trotz der Formbedürftigkeit der Vollmacht in diesem Fall (§ 181 BGB bedingt hier Ausnahme von § 167 Abs. 2 BGB) die genannten Vorzüge der gleichzeitigen Anwesenheit nicht gesichert. Dies ist aber nicht ein Nachteil dieser Vorschrift, sondern liegt in der grundsätzlich allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung und der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im Rahmen des § 181 BGB begründet und es bringt auch keine größeren Gefahren mit sich als jedes andere Selbstkontrahieren. Wenn aber gerade hier diese Gefahren nicht tragbar und der Wegfall der mit der gleichzeitigen Anwesenheit verbundenen Vorteile gerade hier besonders unerwünscht erscheint, so müßte man außer gleichzeitiger auch noch persönliche Anwesenheit der Beteiligten vorschreiben.

Auch wenn man aus diesen Gründen den praktisch häufigen Fall verhindern wollte, daß sich beide Parteien durch einen Notariatsbeamten vertreten lassen, wäre dies erforderlich:

2.

Die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) ist im Interesse der Rechtsklarheit, insbesondere der uneingeschränkten Zuverlässig-

keit des Grundbuchs[1]), beizubehalten. Etwa abweichenden Interessen der Beteiligten wird durch die Möglichkeit einer Auflassungsvormerkung bzw. Rückauflassungsvormerkung genügend Rechnung getragen.

3.

Empfehlenswert wäre — wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt wurde (vgl. oben V, 2b, S. 80) — die Ergänzung der Vorschriften über die Auflassungsform durch eine ausdrückliche und zwar materiellrechtliche Bestimmung, daß die Auflassungserklärungen von der zuständigen Behörde nicht nur entgegengenommen, sondern auch beurkundet werden müssen, da dies jedenfalls mit Rücksicht auf die (wie erwähnt beizubehaltenden) Vorschriften der §§ 20, 29 GBO nötig, die Bedeutung der dies im geltenden Recht anordnenden Vorschriften (§§ 168, 175 FGG) aber streitig ist[2]).

### 2. Erbbaurecht.

Auch für das Erbbaurecht kommen Besonderheiten in der Ausgestaltung und in der Form des dinglichen Rechtsgeschäfts in Frage. Insbesondere handelt es sich hier darum, ob und inwieweit wegen der starken wirtschaftlichen Annäherung des Erbbaurechts an das Eigentum auch die Rechtsvorschriften über Erbbaurechtsänderungen denen über Eigentumsänderungen angeglichen werden sollen oder eine solche Angleichung beibehalten werden soll.

Vorauszuschicken ist auch hier, daß für den auf eine Erbbaurechtsbestellung gerichteten Verpflichtungsvertrag die Formvorschrift des § 313 BGB auch weiterhin Anwendung finden soll (wie gegenwärtig nach § 11 Abs. 2 ErbbRVO). Denn es sind hier die gleichen Formzwecke zu erfüllen wie bei der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung.

Für das dingliche Rechtsgeschäft selbst ist jedenfalls

1) Vergl. auch Mot. III S. 318ff. u. Prot. III S. 3651ff.

2) Siehe Anm. 3 S. 80.

nicht zur Auflassungsform des § 1017 (mit § 925) BGB zurückzukehren, da deren Beseitigung durch § 11 Abs. 1 ErbbRVO einem anzuerkennenden Verkehrsbedürfnis entspricht.

Andererseits ist an der verstärkten verfahrensrechtlichen Kontrolle des § 20 GBO festzuhalten.

Daraus ergibt sich nach der hier in Abschnitt V vertretenen Auffassung der Vereinigung von materiellrechtlichen und formellrechtlichen Willenserklärungen und der Verlegung von Formvorschriften, die nur aus formellrechtlichen Gründen erforderlich sind, in das materielle Rechtsgeschäft, daß für die dingliche Einigung über Bestellung, Uebertragung und Aenderung des Erbbaurechts schon nach materiellem Recht die zur Erfüllung ihrer verfahrensrechtlichen Funktionen erforderliche Form vorzuschreiben ist[1]). Die Erbbaurechtseinigung soll also nicht, wie bisher, nach § 11 Abs. 1 ErbbRVO materiellrechtlich formlos gültig sein und nur zur Bewirkung der Grundbucheintragung nach §§ 20, 29 GBO der öffentlichen Beglaubigung bedürfen, sondern wie auch in den sonstigen Fällen dinglicher Rechtsänderung die Ersetzung der materiellrechtlichen Formfreiheit durch einseitige Formbedürftigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts auf Seiten des Betroffenen vorgeschlagen wurde, so soll auch hier schon die Einigung selbst und nicht erst ihr verfahrensrechtlicher Nachweis der Form der öffentlichen Beglaubigung bedürfen und zwar im Hinblick auf § 20 GBO die ganze Einigung, also die Erklärungen beider Teile, und nicht nur wie sonst mit Rücksicht auf § 19 GBO nur die Erklärung des Betroffenen.

Die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Erbbaurechtsübertragung (§ 11 Abs. 1 S. 2 ErbbRVO) ist ebenso und aus den gleichen Gründen wie die der Eigentumsübertragung beizubehalten.

---

1) Dies wurde schon oben V, 2b (S. 80) angedeutet.

### 3. Rechtsaufhebung (im allgemeinen).

Der Eigentumsgrundsatz ist im geltenden Recht für die Rechtsaufhebung durchbrochen. Hier ist zur Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nur die einseitige dingliche Aufgabeerklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich (§ 875 BGB). Ist diese Ausnahme berechtigt?

Darauf, daß der Gesichtspunkt der Verkehrserleichterung im Bodenrecht nicht maßgeblich sein kann, wurde schon wiederholt hingewiesen. Vielmehr birgt nach unserer heutigen Rechtsanschauung jedes Recht, insbesondere jedes Recht an einem Grundstück Pflichten in sich[1]) und niemand soll sich einseitig einer Pflicht entziehen können. Dies gilt zwar in erster Linie für das Eigentum, trifft aber auch für beschränkte dingliche Rechte zu. Zu der im Interesse der Gemeinschaft unerwünschten Möglichkeit der einseitigen Pflichtentziehung kommt das Schutzbedürfnis dessen, dem solche mit einem Recht verbundene Pflichten durch den ohne sein Zutun erfolgten Anfall des Rechts oder einer besseren Rechtsstellung ohne oder gar gegen seinen Willen auferlegt würden. Wenn auch solche Fälle nicht häufig eintreten werden, so können sie doch andererseits im Fall ihres, wenn auch ausnahmsweisen, Eintritts weittragende Folgen haben: z. B. Verzicht eines jungen Nießbrauchers auf einen lebenslangen Nießbrauch[2]) (vgl. BGB §§ 1041, 1045, 1047)! Ueberdies kann ein solcher Rechts- und damit Lastenanfall nicht nur ohne oder gegen den Willen, sondern sogar ohne Wissen des davon Betroffenen erfolgen. Denn als Erklärungsempfänger für die Aufgabeerklärung können mehrere in Betracht kommen (Eigentümer, gleich- und nachstehende Berechtigte; Grundbuchamt) und nur gegenüber einem davon braucht sie abgegeben zu werden. Schließlich kann auch der Zu-

1) Vgl. Locher, Grundbuchverfassung S. 50 und Lange, Boden, Ware und Geld, I, S. 62. Vgl. auch oben IV, 2a.

2) Nach Locher, Grundbuchverfassung, S. 50.

gang der Aufgabeerklärung nicht etwa wirksam verweigert oder verhindert werden.

Es entspricht daher sowohl den Belangen der Gemeinschaft wie denen der durch die Rechtsaufhebung Begünstigten, die einseitige Rechtsaufgabe künftig nicht mehr zuzulassen, zumal ein anderer Grund als der der Verkehrserleichterung dafür nicht ersichtlich, dieser aber, wie erwähnt, nicht entscheidend ist.

Die rechtsgeschäftliche Rechtsaufhebung ist daher künftig so zu gestalten, daß die Wahrung der eben genannten Belange durch Beteiligung ihrer Träger an dem Rechtsaufhebuugsgeschäft gesichert ist. Als solche Gestaltungsmöglichkeiten kommen in Frage: Einigung; einseitiges Rechtsgeschäft, das von Zustimmung eines oder aller durch Rechtszuwachs Beteiligter abhängig ist; einseitiges Rechtsgeschäft, das von behördlicher Genehmigung abhängig ist.

Die Einführung des Einigungsgrundsatzes auch für die Rechtsaufhebung böte insofern Schwierigkeiten, als es fraglich wäre, mit wem die Einigung abzuschließen wäre. Daß das Grundbuchamt als anderer Vertragsteil nicht in Frage kommt, ist offensichtlich; aber es könnte dieses ja als Empfangsberechtigter für die Aufgabeerklärung überhaupt ausgeschlossen werden. Jedoch bliebe es dann immer noch ungewiß, wer von den möglicherweise mehreren Begünstigten als anderer Vertragsteil in Frage käme. Das Erfordernis einer Einigung mit jedem von ihnen ist als zu umständlich und über die Bedeutung der zu wahrenden Belange hinausgehend abzulehnen. Wollte man einen von ihnen herausgreifen, so könnte dies nur der Eigentümer sein, als der von einem unerwünschten Lastenzuwachs am meisten, wenn nicht überhaupt ausschließlich Bedrohte; (als Fall einer Benachteiligung eines anderen dinglich Berechtigten als des Eigentümers käme höchstens der in Frage, daß von zwei gleichrangigen Nießbrauchern an demselben Grundstück der eine auf sein Recht verzichtet). Die Belange des Eigentümers können jedoch auch

auf andere Weise ebensogut gewahrt werden und gleichzeitig der immerhin minderen Bedeutung seiner Mitwirkung bei der zu seinen Gunsten erfolgten Aufhebung eines beschränkten dinglichen Rechts gegenüber der Mitwirkung eines an einer Rechtsübertragung, -belastung oder Inhaltsänderung Beteiligten Rechnung getragen werden, indem an Stelle der Einigung mit ihm nur seine Zustimmung gefordert wird.

Dies hat vor allem auch den Vorteil, daß die Aufgabeerklärung weiterhin auch dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werden könnte, was dann von Bedeutung ist, wenn der, der ein beschränktes dingliches Recht aufgeben will, den Eigentümer nicht kennt und umgekehrt kann es auch für den Eigentümer eine Erleichterung bedeuten, wenn er die Zustimmungserklärung dem Grundbuchamt gegenüber abgeben kann, was bei einer Einigungserklärung nicht in Frage käme. Für eine solche Gestaltung der rechtsgeschäftlichen Rechtsaufhebung beschränkter dinglicher Rechte spricht auch, daß sie schon bisher für die beiden wichtigsten dieser Fälle, nämlich das Erbbaurecht und die Grundpfandrechte vorgeschrieben war (§§ 26 ErbbRVO; 1183, 1192, 1200 BGB) und sich hier bewährt hat, da sie den Interessen des Eigentümers gerecht wird, ohne ihn mehr als unbedingt nötig an eine bestimmte Erklärungsrichtung zu binden. Mit der Ausdehnung dieser Vorschrift auf alle Fälle der Aufhebung beschränkter dinglicher Rechte werden mit der Wahrung der Eigentümerbelange zugleich die Gemeinschaft gewahrt, soweit solche in Frage stehen. Denn die einseitige Entledigung eines mit Pflichten verbundenen Rechtes, die im Gemeinschaftsinteresse unerwünscht ist, wird schon durch das Zustimmungserfordernis dessen, der andernfalls diese Pflichten übernehmen müßte, mit hinreichender Sicherheit verhindert.

Die Einschaltung eines besonderen behördlichen Genehmigungserfordernisses an Stelle oder gar neben der Zustimmungserklärung des Eigentümers ist daher unnötig

und überflüssig. Die Bedeutung des Genehmigungsgegenstandes würde eine solche Vorschrift nicht rechtfertigen können.

Sondervorschriften für die Aufhebung des Erbbaurechts und die Aufhebung eines Grundpfandrechts erübrigen sich damit. Die Möglichkeit eines das Recht als solches nicht vernichtenden Verzichts auf ein Grundpfandrecht nach § 1168 BGB wird jedenfalls dann beizubehalten sein, wenn man an der Einrichtung des Eigentümergrundpfandrechts festhalten will.

Die Vorschrift des § 876 BGB bleibt durch die hier vorgeschlagene Regelung unberührt.

Entsprechend den in Abschnitt V entwickelten Grundsätzen ist für die Aufhebungserklärung die Form der öffentlichen Beglaubigung schon als materiellrechtliches Wirksamkeitserfordernis aufzustellen. Damit würde naturgemäß § 875 Abs. 2 ebenso entfallen, wie § 873 Abs. 2: Vor der Beglaubigung ist die Aufhebungserklärung überhaupt nicht wirksam, mit der Erfüllung der Formvorschrift wird sie sofort bindend.

Der Grundsatz der Verlegung der Formvorschrift in das materielle Recht hätte auch für die Zustimmungserklärung des Eigentümers zu gelten.

Selbstverständlich bleibt außer der Aufhebungserklärung und der Zustimmungserklärung des Eigentümers die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich.

#### 4. Eigentumsaufgabe insbesondere.

Wie schon im geltenden Recht die Eigentumsaufgabe abweichend von den übrigen Fällen der Rechtsaufhebung geregelt ist (§ 928 BGB), so ist auch bei einer Rechtsneugestaltung die Besonderheit dieses Falles zu berücksichtigen.

Das für die Aufgabe beschränkter dinglicher Rechte vorgeschlagene Zustimmungserfordernis des Eigentümers kommt hier schon deshalb nicht in Frage, weil hier ja gerade der Eigentümer selbst der Verzichtende ist. Auch die Möglichkeit einer dinglichen Einigung scheidet hier

von vornherein aus, weil sie, wenn überhaupt, dann nur mit dem möglich wäre, der an Stelle des Verzichtenden das Eigentum am Grundstück erlangen soll, und dies nichts weiter als eine verdeckte Eigentumsübertragung wäre. Da durch den Verzicht auf das Eigentum überhaupt niemand unmittelbar ein Recht erwirbt, ist jede rechtsgeschäftliche Beteiligung eines andern ausgeschlossen.

Die Neuregelung des Eigentumsverzichts hat unter dem Gesichtspunkt der besonders starken Pflichtgebundenheit des Eigentums zu stehen, die eine einseitige Aufgabe dieses Rechts und damit eine einseitige Abschüttelung der damit verbundenen Lasten unzulässig erscheinen läßt. Die bisherige uneingeschränkte Verzichtsmöglichkeit kann jedenfalls nicht beibehalten werden, umsomehr als diese schon für die beschränkten dinglichen Rechte als nicht angängig erkannt wurde. Sie kann auf zweifache Weise beseitigt werden: entweder durch Verbot der einseitigen Eigentumsaufgabe an Grundstücken überhaupt oder durch Einschaltung einer behördlichen Genehmigung.

Das gänzliche Verbot des Grundstücksverzichts würde verkennen, daß Fälle denkbar sind, in denen ein berechtigtes Interesse des Eigentümers hieran anzuerkennen ist. So z. B. bei besonders starker und vom Eigentümer unverschuldeter Wertminderung, infolge derer das Grundstück keinen Ertrag mehr abwirft oder dieser hinter dem Betrag der Lasten zurückbleibt [1]).

Das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung für die Eigentumsaufgabe würde dagegen auch solchen Fällen gerecht werden können, und andererseits den öffentlichen Belangen voll entsprechen. Im Gegensatz zur Aufhebung beschränkter dinglicher Rechte würde die Bedeutung einer Eigentumsaufgabe auch die mit dem Genehmigungsverfahren verbundenen Kosten und Verzögerungen rechtfertigen können.

Welche Behörde dafür zuständig sein soll, kann hier dahingestellt bleiben.

1) Vgl. Mot. III, S. 325.

Für die Form der Verzichtserklärung gilt dasselbe wie für die Aufhebungserklärung an anderen dinglichen Rechten (vgl 3 am Ende). Sie wäre auch weiterhin dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben.

Daß die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch als Wirksamkeitserfordernis unberührt bleibt, ist auch hier selbstverständlich.

Auch an dem Aneignungsrecht des Fiskus bräuchte nichts geändert zu werden.

---

## C

## Zusammenfassung des Ergebnisses.

Auf Grund der vorangegangenen Einzeluntersuchungen ergibt sich nunmehr als Gesamtbild der Regelung der dinglichen Rechtsänderungen an Grundstücken folgendes:

Zur Uebertragung, Belastung oder Inhaltsänderung eines Grundstücksrechts ist grundsätzlich die Einigung der beiden Beteiligten über die Rechtsänderung und deren Eintragung in das Grundbuch erforderlich[1]). Die Einigungserklärung des Betroffenen bedarf der öffentlichen Beglaubigung; die Einigungserklärung des anderen Teils kann formlos erfolgen.

Bei der Bestellung, Uebertragung oder Inhaltsänderung eines Erbbaurechts bedarf auch die Einigungserklärung des Begünstigten der öffentlichen Beglaubigung.

Bei der Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück muß die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt oder einem Notar oder dem Prozeßgericht

1) Bei kausaler Gestaltung außerdem ein gültiger Rechtsgrund.

erklärt und beurkundet werden. Sie kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen.

Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück ist die öffentlich beglaubigte Aufgabeerklärung des Berechtigten, die, ebenfalls öffentlich beglaubigte, Zustimmung des Eigentümers, sowie die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Die Aufgabeerklärung kann dem Grundbuchamt oder einem Begünstigten gegenüber, die Zustimmungserklärung dem Grundbuchamt oder dem Aufgebenden gegenüber erklärt werden. Soweit das aufzugebende Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist, bleibt § 876 BGB (abgesehen von der Form der Erklärungen) unberührt.

Zur Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück ist die Aufgabeerklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, eine behördliche Genehmigung und die Eintragung der Rechtsaufgabe im Grundbuch erforderlich. § 928 Abs. 2 BGB bleibt bestehen.

Die entsprechenden grundbuchrechtlichen Vorschriften würden im wesentlichen etwa folgenden Inhalt haben:

Eine Eintragung erfolgt, wenn die Einigungserklärung des durch die Rechtsänderung Betroffenen nachgewiesen wird. Im Fall der Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie im Fall der Bestellung, Uebertragung oder Inhaltsänderung eines Erbbaurechs muß außerdem die Einigungserklärung des Begünstigten nachgewiesen werden.

§ 27 GBO wäre auf alle beschränkten dinglichen Rechte zu erstrecken.

Nicht berührt werden der Antragsgrundsatz des § 13 GBO und die Möglichkeit der Verbindung der nachzuweisenden Einigungserklärung mit dem Antrag (wie nach § 30 GBO), ebenso das grundsätzliche Erfordernis der Voreintragung des Betroffenen.

D

## Zusammenhang mit der Frage der Abstraktheit.

Wenn auch, wie eingangs bereits festgestellt wurde (Einleitung 4), die Untersuchung über die Zweckmäßigkeit eines besonderen dinglichen Rechtsgeschäfts im Bodenrecht und seine nähere Ausgestaltung unabhängig von der Frage der Rechtsgrundabhängigkeit der dinglichen Verfügung geführt werden konnte, so kann doch immerhin insofern ein Zusammenhang der hier behandelten Fragen und Ergebnisse mit dem Problem der abstrakten oder kausalen Gestaltung der dinglichen Rechtsänderung bestehen, als eine bestimmte Entscheidung einer Teilfrage dieser Arbeit zugleich für oder gegen die Abstraktheit bzw. Rechtsgrundabhängigkeit der dinglichen Verfügung sprechen könnte oder eine von vornherein getroffene Entscheidung für oder gegen die Abstraktheit die Entscheidung einer hier behandelten Frage im einen oder anderen Sinn wenigstens mit beeinflussen könnte.

Diese nunmehr durchzuführende Untersuchung des Zusammenhangs des Kausalproblems mit den einzelnen Teilfragen dieser Arbeit bzw. ihren Lösungen soll aber auf die Fragen B III, IV, V beschränkt bleiben, da bei den übrigen Fragen ein solcher Zusammenhang entweder offensichtlich überhaupt nicht besteht (B I, VI, VII) oder dieser von vornherein ohne weiteres klar erkennbar ist (B II: Prinzip der formalen Rechtskraft setzt Abstraktheit voraus; Ablehnung dieses Prinzips ist ohne Einfluß auf die Frage der Abstraktheit).

Dabei soll jeweils der Einfluß der hier behandelten Fragestellung auf die Frage der Abstraktheit und umgekehrt der Einfluß einer bestimmten vorausgesetzten Entscheidung dieser Frage auf das hier erörterte Problem geprüft werden.

## I. Zusammenhang mit der Frage B III.

1.

a) Würde man ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft ablehnen, so könnte, nach Ausschaltung des Prinzips der formalen Rechtskraft, nur eine kausale Gestaltung der Rechtsänderung in Frage kommen, da dann das Kausalrechtsgeschäft der einzige rechtsgeschäftliche Bestandteil des gesamten Rechtsänderungvorgangs wäre.

b) Nur dann, wenn man sich für ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft entschieden hat, taucht die Frage auf, ob dieses von dem zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsgeschäft in seiner Wirkung losgelöst („abstrakt") sein soll, oder nur zusammen mit ihm die Rechtsänderung soll herbeiführen können. Die Frage wird jedoch von der Entscheidung für ein besonderes, d. h. vom Kausalgeschäft unterschiedenes, Verfügungsgeschäft weder im einen noch im anderen Sinn beeinflußt. In den Materialien zum BGB[1]) wird zwar die Ansicht vertreten, ein dingliches Rechtsgeschäft müsse notwendig abstrakt sein. Diese Auffassung mag dadurch erklärlich sein, daß die Rechtseinrichtung eines dinglichen Rechtsgeschäfts teilweise nur aus solchen geschichtlichen Vorläufern und solchen dem BGB vorausgegangenen Gesetzen[2]) und Lehren[3]) bekannt war, in denen das dingliche Rechtsgeschäft abstrakt ausgestaltet war, teilweise aber überhaupt als neu empfunden wurde und man an ein anderes mögliches Verhältnis dieser neuen Rechtseinrichtung zu dem obligatorischen Rechtsgeschäft als das des BGB bzw. seines Entwurfes nicht dachte. Diese Anschauung muß aber als irrig bezeichnet werden. Denn die Möglichkeit einer Abhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts in seiner Wirkung von dem zugrunde-

1) Mot. III S. 6, 7, 8; Prot. III S. 3408.

2) Insbesondere das Preuß. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. 5. 1872.

3) Vgl. dazu insbesondere Felgenträger, Fr. C. v. Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre.

liegenden obligatorischen ergibt sich schon aus der Möglichkeit der Aufnahme einer entsprechenden Bedingung in jenes (abgesehen von der Auflassung); wenn diese Abhängigkeit aber im einzelnen Fall durch Rechtsgeschäft herbeigeführt werden kann, ist es auch möglich, sie durch Gesetz allgemein vorzuschreiben und wäre es rein gesetzestechnisch auch durchaus möglich, sie selbst auf die Auflassung auszudehnen. Heute ist daher die Möglichkeit der Rechtsgrundabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts auch erkannt worden [1] [2].

2.

a) Geht man umgekehrt von der abstrakten Gestaltung der dinglichen Rechtsänderung als Voraussetzung aus, so ist diese nur mit Hilfe eines dinglichen Rechtsgeschäfts durchführbar [3], da der Grundsatz der formalen Rechtskraft der Grundbucheintragung, der an sich Abstraktheit und Fehlen eines dinglichen Rechtsgeschäfts vereinigen könnte, gemäß den in Abschnitt B II angeführten Gründen nicht in Frage kommt. Die Abstraktheit der dinglichen Rechtsänderung wäre also zwar ein weiterer Grund für die Beibehaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts, hat jedoch wegen der geringen Wahrscheinlichkeit ihrer Aufrechterhaltung auch für dessen Begründung nur wenig Bedeutung (vgl. oben III, 2 b S. 37f.)

b) Eine kausale Gestaltung der Rechtsänderung läßt sich sowohl mit wie ohne dingliches Rechtsgeschäft verwirklichen [4].

1) Lange in Arch. civ. Pr. 145 S. 369 (Besprechung von Triebel, Materielles Grundbuchrecht); Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht in Arch. civ. Pr. 146 S. 37; Locher, Grundbuchverfassung S. 56; Manigk, Neubau des Privatrechts, S. 48.

2) Dies zeigt auch der kausale dingliche Vertrag des schweizerischen und österreichischen (wenn auch hier bestritten) Fahrnisrechts. Vgl. oben A VII.

3) So auch Krause, Das Einigungsprinzip . . . in Arch. civ. Pr. 145, S. 319 und S. 324.

4) So auch Krause, a.a.O., S. 320; Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht in Arch. civ. Pr.

## II. Zusammenhang mit der Frage B IV.

1.

a) Das, was oben unter I, 1 b über die Folgen einer Entscheidung für ein besonderes dingliches Rechtsgeschäft überhaupt ausgeführt wurde, gilt insbesondere für das zweiseitige dingliche Rechtsgeschäft, also den dinglichen Vertrag.

b) Bei Unterstellung der Einseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts wäre an sich gleichfalls kausale wie abstrakte Gestaltung möglich. Dabei ist aber die Einschränkung zu machen, daß diese beiden Möglichkeiten hier nicht völlig gleichwertig nebeneinander stehen; denn bei abstrakter Gestaltung wäre der bei einseitigem Verfügungsgeschäft schon an sich ungenügende Erwerberschutz noch geringer, als wenn der Erwerber wenigstens durch das, in der Regel zweiseitige, Verpflichtungsgeschäft an der Rechtsänderung unmittelbar rechtlich beteiligt wäre. Ein einseitiges dingliches Verfügungsgeschäft würde also mehr für eine kausale als für eine abstrakte Gestaltung der Rechtsänderung sprechen.

2.

a) Umgekehrt läßt die abstrakte Gestaltung der Rechtsänderung zwar an sich sowohl Einseitigkeit wie Zweiseitigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts zu, spricht aber aus dem in 1 b angegebenem Grund eher für seine Zweiseitigkeit.

b) Die kausale Gestaltung der Rechtsänderung beeinflußt die hier in Frage stehende Entscheidung nicht.

## III. Zusammenhang mit der Frage B V.

Die Entscheidung für oder gegen die Verbindung von materiellrechtlichen und formellrechtlichen Willenserklärungen wird von der Frage der Abstraktheit ebenso-

146, S. 57; Locher, Grundbuchverfassung S. 56; Wieacker, Bodenrecht, S. 114. 115.

wenig beeinflußt wie diese von jener. Es sei hier aber besonders darauf hingewiesen, daß bei kausaler Gestaltung der Rechtsänderung gegen die genannte Verbindung nicht etwa eingewandt werden kann, das Grundbuchamt müsse in diesem Fall auch die Gültigkeit des Kausalgeschäfts nachprüfen, da die Wirksamkeit der ihm nachgewiesenen Erklärung von dessen Gültigkeit abhängig sei.

Letzteres ist zwar auch tatsächlich der Fall, jedoch eben nur die Wirksamkeit im materiellen Sinn, d. h. die Fähigkeit, eine rechtserhebliche Grundlage der Rechtsänderung darzustellen; dadurch wird aber die Fähigkeit dieser Erklärung, eine für das Grundbuchamt maßgebliche Grundlage der Eintragung zu bilden, nicht berührt. Denn, wie wiederholt erwähnt, sollen ja nicht die im materiellen Recht enthaltenen Voraussetzungen der Rechtsänderung und die durch das formelle Recht geregelten Voraussetzungen der Eintragung gleichgesetzt werden, sondern nur die zur Erfüllung beider Voraussetzungen erforderlichen, bisher aber künstlich unterschiedenen Erklärungen nurmehr als eine Erklärung behandelt werden. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen dieser Erklärung sind aber nach wie vor für das materielle Recht andere als für das formelle. Der Grundbuchbeamte braucht also die materiellrechtliche Wirksamkeit der ihm ordnungsgemäß nachgewiesenen Bewilligung oder Einigung nicht nachprüfen, insbesondere also bei Beseitigung der Abstraktheit auch nicht die Gültigkeit des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts.